

Kritische Blätter

civilistischen Inhalts.

In zwanglosen Heften

von

Dr. Alois Brinz,
a. o. Professor der Rechte an der Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen.

Nr. 2.

Erlangen, 1852.
Verlag von Ferdinand Enke.

Schnellpressendruck von C. H. Kunstmann.

Die Lehre von der Stellvertretung, bei Eingehung von Verträgen. Historisch und dogmatisch dargestellt von **Dr. Herrmann Buchka.** Großh. Mecklenburg-Strelitz'schem Justizrath und Consistorialrath. Rostock und Schwerin. 1852.

I.

„Verträge" nimmt B. hier nicht in dem weiten Sinne, als es heutzutage zu geschehen pflegt; die s. g. Realverträge (datio, traditio) sind nicht mitinbegriffen. Dagegen denkt er nicht blos an Contracte, sondern auch an die s. g. liberatorischen Verträge, jedoch nur an acceptilatio, contrarius consensus, pactum de non petendo, nicht auch an die solutio. vgl. §. 1. §. 12.

Das Buch hat zwei Abschnitte; im ersten eine „Darstellung des Römischen Rechts;" im zweiten eine „dogmengeschichtliche Darstellung und Entwicklung der Resultate für das heutige gemeine Recht."

Der erste Abschnitt — auf den wir zunächst einzugehen gedenken — bietet folgenden Verlauf dar: Aufstellung des römischen Prinzips (§. 1); Darstellung der Ausnahmen §. 2—13; Resultat §. 14. Unzulässigkeit der Stellvertretung in den Verträgen oben bezeichneter Art wird als Prinzip bezeichnet.

Soll nun untersucht werden, ob genanntes Prinzip wirklich Prinzip des römischen Rechtes, und ob die Ausnahmen wahrhaft Ausnahmen seien, so muß zuvor feststehen, was Stellvertretung sei. Buchka setzt dies stillschweigend als bekannt voraus; könnte sich aber leicht getäuscht haben. Stellvertretung ist ein Wort, das die Römer in dieser Allgemeinheit nicht hatten, ein Begriff, den sie nicht definirten; wir haben das Wort, nothwendig auch den Begriff. Der Versuch, ihn zu definiren,

scheint aber selbst nach dem, was beigehend Puchta gesagt hat[1]), noch nicht überflüssig geworden zu sein. In Folgendem stellen wir ihn an.

Ein Fall, in dem man ganz allgemein[2]) Stellvertretung sieht, ist der Erwerb von Forderungen für den Herren oder Vater durch den Sclaven oder ein Hauskind. Ihn wollen wir zerlegen: die Stellvertretung, wenn sie überhaupt in ihm ist, muß sich vorfinden.

Möglicherweise contrahiren Sclave und Kind mandatu, jussu domini, patris (z. B. l. 2. D. litig.); häufig aber auch nicht; der Erwerb der Forderung für den Gewalthaber ist hievon unabhängig und sofern nur dieser Erwerb vorliegt, nimmt man Stellvertretung an. In dem Mandate, Jussum also kann die Stellvertretung nicht liegen. Ferner wird auch Stellvertretung angenommen, gleichviel, ob der Eine oder Andere suo nomine (rem peculiarem agens) oder mit Absicht auf den Gewalthaber contrahire[3]); also kann die Stellvertretung auch nicht in einer gewissen Willensrichtung (animus) des Handelnden liegen. Es bleibt nichts übrig, als die Wirkung der Handlung; darin allein, daß der Contract für einen Dritten wirkt, kann denkbarerweise noch die Stellvertretung liegen.

So sehr auch Alle dahin übereinstimmen werden, daß die Stellvertretung nicht ohne Wirkung der Handlung auf einen Dritten bestehen könne, so muß doch nunmehr behauptet werden, daß sie unmöglich hierin allein bestehe. Der Vater, welcher pflichtmäßig seine Tochter aussteuert, bewirkt dadurch seiner Tochter eine dos und eine Dotalforderung. Hier ist die erforderliche Wirkung auf eine dritte Person und B. (§. 10) führt diesen Fall auch als Stellvertretung an. Allein den Vater, der seiner Tochter „mitgibt," darum ihren Stellvertreter zu nennen, scheint dem gemeinen Sprachgefühle ebensosehr zu widerstreben, wie wenn Jemand Eltern darum, daß sie ihre Kinder kleiden, nähren und erziehen, Stellvertreter ihrer Kinder nennen würde. Ich kann in diesen Dingen Vaterstelle an einem Kinde vertreten, nicht aber der Vater Kindesstelle. — Ferner müßte die Stellvertretung in der Wirkung nicht nur für, sondern auch gegen Dritte gefunden werden; wenigstens sieht man nicht ein, wa-

1) Vorlesungen, §. 52.

2) Buchka a. a. O. §. 2. Savigny, System III. §. 113. Puchta, Pandekten. §. 52 und 53. Arndts, Lehrb. d. Pandecten. §. 76 und 77. u. a. m.

3) L. 14. D. contr. emt. — si servus meus vel filius, qui in potestate mea est, suo nomine emat — cf. l. 1. pr. D. stip. serv. l. 3. §. 5. D. pecul.

rum eine Stellvertretung gerade günstige Handlungen voraussetzen sollte. Das Delict des Sclaven nun aber verpflichtet den Herren, nach Keller[4]) dergestalt, daß die intentio der Noxalklage auf die Person des Herrn selbst gefaßt werde; trotzdem ist der Sclave hierin so wenig Stellvertreter des Herren, daß man lieber umgekehrt den Herren Stellvertreter des Sclaven nennen möchte.

Das sind nicht die einzigen Widernatürlichkeiten, in die man consequenterweise verfällt, wenn die Wirkung auf Dritte als Kriterium der Stellvertretung angenommen wird. Vielleicht daß uns andere Beispiele weiter unten gelegentlich vorkommen. Zugleich aber erhellt, daß der Erwerb von Forderungen durch Sclaven und Hauskinder nicht schlechthin Stellvertretung enthält; daß also die Fälle, welche man als Stellvertretungen bezeichnet, nicht sicher zur Definirung benützt werden können. Wir müssen einen anderen Weg einschlagen.

Unsere Sprache sieht den Stellvertreter an der Stelle eines Anderen — dieselbe Anschauung, die in dem römischen Ausdrucke „vice alicujus fungi"[5]) lebt. Dieser Anschauung liegt der Gedanke zu Grund, daß Jemand Handlungen eines Anderen, einzelne oder ganze Schichten derselben vornimmt. Ganz allgemein dürfen wir als Handlungen eines Anderen solche bezeichnen, die ihm zustehen; Delicte stehen Niemanden zu; es gibt keine Stellvertretung in Delicten. Unter den zuständigen Handlungen heben wir diejenigen hervor, welche den Erwerb, die Erhaltung und Vermehrung, die Veräußerung und Consumtion eines Vermögens enthalten. Abgesehen von der unmittelbaren Aufzehrung des Vermögensvorrathes durch Essen, Trinken, Wohnen, Kleidung (uti frui im engsten Sinne) heißen jene Handlungen Geschäfte (negotia), gleichviel, ob sie Rechtsgeschäfte sind, oder nicht (insulam fulcire[5a]). So erscheint das Vermögen einer bestimmten Person, und vermittelst des Vermögens diese Person selbst als etwas, wozu gewisse Geschäfte gehören. Wie man von gewissen Sachen sagt, daß sie einer gewissen Person gehören, so kann man von gewissen Handlungen, Geschäften sagen, daß sie die Handlungen, Geschäfte einer gewissen Person (alicujus negotia) sind. Soferne nun die Geschäfte einer gewissen Person von einer anderen vollführt werden, soferne werden auch eines Anderen Handlungen, Geschäfte, alterius

4) Ueber Litiscontestation und Urtheil. S. 52. not. 23.

5) L. 16. D. jurisd.

5a) Puchta, Vorl. §. 52. läßt Stellvertretung nur in Rechtsgeschäften zu.

negotia, aliena negotia vollführt. Vollführung eines fremden Geschäftes ist das Wort des Verstandes für Stellvertretung, das ein Wort der Anschauung ist.

Aber in etwas ist letzteres bestimmter, als jener nüchterne Ausdruck. Bei der Führung eines fremden Geschäftes kann man Wirkung und Sinn (animus) der Handlung unterscheiden, und beides kann auseinanderfallen[6]). Wenn ich auf fremden Boden, den ich für meinen Boden halte, ein Haus baue, vollbringe ich, der Wirkung nach, ein fremdes Geschäft, meinem Sinne nach mein eigenes. Ja ich kann wissen, daß ich ein fremdes Geschäft vollführe, und es dennoch als mein Geschäft ansehen[7]). All diese Unterscheidungen liegen dem Worte Stellvertretung fern; wer einen Andern vertritt, kann ihn nur mit Wissen und Willen vertreten; wer eines Anderen Geschäfte führt, ist nur dann sein Stellvertreter, wenn er dieselben mit Wissen und Willen als des Anderen Geschäfte führt.

So definiren wir die Stellvertretung als Vollführung fremder Geschäfte, nicht nur der Wirkung, sondern auch dem Willen nach.

Hienach ist überflüssig, anzudeuten, daß die Stellvertretung nicht ein eigenes Geschäft, weder Rechtsgeschäft, noch sonst ein Geschäft, sondern nur eine (in Person und Wille) eigenthümliche Vornahme eines Geschäftes ist. Eben so zeigt sich schon jetzt, daß wir in den negotiorum gestores, Mandataren, Procuratoren, Tutoren, Curatoren, actores, und überhaupt in den Vorständen juristischer Personen Stellvertreter vor Augen haben[8]). Das Römische Recht hat zwar kein Gattungswort für unseren Begriff, wohl aber die verschiedenen Arten desselben. Außerdem aber müssen wir, der Folge wegen, obiger Definition einen Commentar beifügen.

---

6) L. 6. §. 11. D. neg. gest. — si, cum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam — —: nec possit, quod alii adquisitum est ipso gestu, hoc tuum negotium videri.

7) L. 6. § 3. D. neg. gest. — si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa: Labeo scripsit, suum eum potius, quam meum negotium gessisse. Qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet. Sed nihilo minus, imo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione.

8) Vgl. Seuffert J. A. prakt. Pandectenrecht, 3. Aufl. §. 278. „— Stellvertreter (Verwaltungsbeamter, Vormund, Bevollmächtigter, Geschäftsführer, Gesellschafter)."

Daß das fremde Geschäft auch auf fremde Rechnung geführt sei, ist nicht nothwendig. So bin ich auch Stellvertreter, wenn ich eines Anderen Schulden schenkungsweise zahle. Niemand zweifelt, daß derjenige, welcher für seinen Kameraden aus Freundschaft in die Armee tritt, eben so sehr Stellvertreter sei, als derjenige, welcher dasselbe um ein Einstandscapital thut. Vielmehr bringt umgekehrt die Entgeltlichkeit den Begriff des Stellvertreters in Schwankung. Bei dem Taglöhner, der auf fremdem Boden arbeitet, ist alles was zu einem Stellvertreter gehört; da er aber in dem Verlangen nach Lohn zugleich für sich arbeitet, so kann man auch auf ihn Labeo's[9]) Ausdruck anwenden: Suum eum potius, quam meum (alienum) negotium gessisse.

Die Stellvertretung verlangt, daß der zu Vertretende nicht selbst mithandle. Kann ich also gleich durch Stellvertretung schenken (Zahlung fremder Schuld), so ist darum nicht jede Schenkung Stellvertretung; die durch datio, promissio, Schulderlaß an den zu Beschenkenden, kann es nicht sein. Damit Schenkung Stellvertretung sei, muß sie als Führung fremden Geschäftes erscheinen; ein fremdes Geschäft ist aber dasjenige nicht, bei dem derjenige, dessen es ist, selbst als Parthei auftritt. Damit hängt es auch zusammen, daß wir den Vormünder, Ehemann, indem er zu Handlungen des Mündels, der Ehefrau, einwilligt, nicht als Stellvertreter denken; damit auch der Unterschied des Stellvertreters und des Beistandes.

Umgekehrt kann kein Geschäft zur Stellvertretung werden, das seiner Art nach von dem zu Vertretenden nicht vorgenommen werden kann, wie z. B. Bürgschaft. Wir mögen den Bürgen nicht Stellvertreter des Schuldners nennen. Darin ist das Wort Stellvertreter enger, als negotiorum gestor; die Römer nennen auch den Bürgen [10]) negotiorum gestor.

Darin, daß man für oder zu Gunsten von Jemand handelt, liegt noch keine Stellvertretung. Das haben wir so eben gesehen; denn der Bürge handelt zu Gunsten des Schuldners.

Darauf, ob das Geschäft seinem Herren nützlich sei (utiliter gestum) oder nicht, ob es gut oder schlecht ausgeführt (male gestum) sei, kommt es nicht an. Diese Umstände werden darüber entscheiden, ob eine

9) S. oben Anm. 7.
10) Z. B. l. 4. D. neg. gest.

Klage auf Ersatz, oder Entschädigung (negotiorum gestorum, mandati, tutelae actio directa, contraria), nicht ob ein negotium alienum gestum, eine Stellvertretung da sei.

Was mein Geschäft (meum negotium) sei, ergibt sich — um bei der vermögensrechtlichen Stellvertretung stehen zu bleiben — aus meinem Vermögen. Jedes Geschäft, das meine Sachen veräußert, von meinen Forderungen liberirt, meine Schulden tilgt, für mich Forderungen, Sachen, Rechte erwirbt, ist mein Geschäft. Diese Wirkung entscheidet, die Person des Handelnden ist gleichgiltig. Dieser Wirkungen halber kann denn auch ein Geschäft, das in gewissen Beziehungen, ja zunächst, als fremdes Geschäft erscheint, dennoch, ja überwiegend, mein Geschäft sein. Das Darlehen, welches Sejus aufnimmt, ist zunächst sein Geschäft; wenn er sich aber dieser seiner Schuld halber an mich halten kann, so ist es dennoch — und weil die Haftung zuletzt bei mir ist, vorwiegend mein Geschäft. Desgleichen die Geschäfte, in denen Sejus erwirbt, sofern dieser Erwerb vermittelst Forderungen meinem Vermögen verhaftet ist. Es ist dies ein Verhältniß, dessen man sich im Leben wohl bewußt ist; gar oft machen wir Ausgaben, aus unserem Gelde, und sind weit entfernt, sie für unsere Ausgaben zu halten: weil sie, da ein Anderer für sie einsteht, zuletzt doch nicht aus unserem Sacke gehen. Das römische Recht drückt diese Vorstellung auf's bestimmteste aus: Sejus hält den Titius für meinen Schuldner, und cassirt für mich ein; das ist an sich gewiß nicht mein Geschäft; aber es ist möglich, daß der Vortheil wie die Last dieses Geschäftes (negotiorum gestorum, mandati actio — condictio indebiti) bei mir liegt: dann ist es mein Geschäft [11]).

Mit dieser Bestimmung, was meum negotium sei, hängt Form und Gestalt der Stellvertretung zusammen. Wie wird ein Anderer meum nego-

---

11) L. 6. §. 9. D. neg. gest. Item quaeritur apud Pedium lib. 7: Si Titium, quasi debitorem tuum, extra judicium admonuero, et is mihi solverit, cum debitor non esset; tuque postea cognoveris et ratum habueris: an negotiorum gestorum actione me possis convenire? Et ait, dubitari posse: quia nullum tuum negotium gestum est, cum debitor tuus non fuerit. Sed ratihabitio, inquit, fecit negotium tuum. Et sicut ei a quo exactum est, adversus eum datur repetitio, qui ratum habuit: ita et ipsi debebit, post ratihabitionem, adversus me competere actio. Sic ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum. Cf. §. 10 §. 11. eod.

tium geriren? Möglicherweise wie sein eigenes. Das versteht sich von selbst bei Geschäften, die keine Rechtsgeschäfte sind; fremde Häuser reparirt man so wie seine eigenen. Aber auch fremde Rechtsgeschäfte kann man so vornehmen, wie seine eigenen; jener Sejus, der ein Darleihen aufnimmt, und dabei mein Geschäft führt, kann ganz so handeln, wie wenn er lediglich sein Geschäft führte: er braucht von mir nichts zu sagen, und wird selbst Schuldner. Desgleichen bei Geschäften, in denen er erwirbt, er selbst Eigenthümer, Gläubiger u. s. f. wird, und doch mein Geschäft führt. Aber es ist auch möglich, daß derjenige, welcher mein Geschäft führt, in anderer Form handelt, als der sein eigenes führt; er kann sich aufführen als einer, der nicht für sich, sondern für mich handelt, indem er es z. B. in Fassung der Worte zeigt, daß er in meinem Namen, für mich, stipulire, promittire, pacifcire. Wenn und so weit das Recht diese Form der Geschäftsführung mit der entsprechenden Wirkung versieht: daß in der That für mich, und nur für mich stipulirt, promittirt, pacifcirt ist: dann liegt auch eine Stellvertretung vor, in der das Eigenthümliche dieses Institutes: daß der Handelnde in die Lage des Nichthandelnden, und der Nichthandelnde in die des Handelnden kommt, — unmittelbar ausgedrückt ist. Deswegen ist aber derjenige, welcher das fremde Geschäft wie sein eigenes führt, nicht minder Stellvertreter [12]); wenn nur seinem animus und der Wirkung nach mein Geschäft geführt ist: die Formen und Wirkungen, aus welchen dieser letzte Effect, meine Forderung, meine Schuld, hervorgegangen, sind gleichgiltig. — Wir werden einem schon angehobenen Sprachgebrauche zufolge die Stellvertretung letzterer Art die mittelbare, jene die unmittelbare nennen.

Es gibt Stellvertretungen mit und ohne Vollmacht. Stellvertreter ohne Vollmacht sind häufig die negotiorum gestores. Stellvertretungen mit einer Vollmacht sind aber nicht zu verwechseln mit Stellvertretungen, zu denen Vollmacht nothwendig ist. Mandatare könnten, was sie jetzt mit Vollmacht thun, nicht selten als bloße negotiorum gestores, ohne Vollmacht thun. Ebenso kann eine negotiorum gestio mit ratihabitio — die wir der Vollmacht gleich stellen — vorkommen, ohne daß diese zum Dasein des alienum negotium und der Stellvertretung nothwendig wäre; die ratihabitio mag dann die Wirkung haben, daß die actio neg. gest.

---

12) Puchta a. a. O. nimmt ihn gar nicht als Stellvertretung, oder nur als „unvollkommenen."

directa ausgeschlossen ist, wo sie sonst nicht ausgeschlossen wäre [13]), oder daß die contraria platzgreift, wo sie sonst nicht platzgriffe [14]): das alienum negotium, um dessen Schaden oder Kosten es sich handelt, ist aber schon vorher da. — Nothwendig ist eine Vollmacht (Ratihabition), wenn und weil das Geschäft für den Vertretenen oneros ist; man kann nicht denken, daß er seine Sachen durch einen Anderen ohne dessen Bevollmächtigung verlieren, oder daß er ohne diese durch ihn, mittelbar oder unmittelbar in Schulden gerathen könne. Nothwendig scheint die Vollmacht noch aus einem anderen Grunde sein zu können: damit das an sich fremde Geschäft zum Geschäft des Vertretenen werde. Soll jenes Zahlungsaccept in l. 6. §. 9 D. neg. gest. [15]) als das meinige erscheinen, so muß eine ratihabitio hinzukommen (ratihabitio fecit negotium tuum.) Indessen dürfte dieser Grund mit dem vorigen in eins zusammenfallen.

Stellvertretung in Geschäften, die keine Rechtsgeschäfte sind, bedarf — um Stellvertretung zu sein — keiner Vollmacht; aber der Ersatzklage wegen kann sie auch hier nothwendig werden [16]). — —

Sollte sich unsere Definition und ihre Ausführung als richtig erweisen, so kann nun

1) vor allem das Prinzip, welches B. für das römische Recht aufstellt, nicht richtig sein. Unzulässigkeit der Stellvertretung in Verträgen sei Prinzip des römischen Rechts (§. 1). Unmittelbare Stellvertretung in Verträgen wird allerdings Ausnahme gewesen sein, aber was wir mittelbare Stellvertretung nannten, war bei den Römern so häufig als bei uns. Das wird auch B. nicht bestreiten, er wird nur läugnen, daß hier von Stellvertretung gesprochen werden dürfe.

Sollte uns nun wirklich die Befugniß, Procuratoren, Tutoren, Alle, die fremdes Vermögen verwalten, Stellvertreter zu nennen, abgesprochen werden können? Wenn es wahr ist, daß die Stellvertretung in dem Begriffe von alienum negotium wurzelt, dann läßt es sich erweisen, daß auch die Römer vor allem den negotiorum gestor zu den Stellvertretern gezählt hätten: denn gerade seinetwegen wird Wort und Begriff von meum und tuum negotium so recht gehegt und gepflegt. Dann hätten sie aber auch überall, wo eine derartige Führung fremder Geschäfte,

13) L. 9. D. neg. gest.
14) Vgl. l. 10. §. 1 eod.
15) S. oben Anm. 11.
16) S. oben Anm. 14.

gleich viel ob mittelbar oder unmittelbar, vorliegt, von Stellvertretung gesprochen. Ja nennt Cicero den Procurator nicht wirklich Stellvertreter, wenn er ihn als alieni juris vicarius bezeichnet? [17])

2) B. sieht überall Stellvertretung, wo sich eine unmittelbare Wirkung des Geschäftes auf Dritte zeigt. Dadurch kommen, wie er dort ganze Gruppen von Stellvertretungen ausschließt, hier viele Fälle als Stellvertretungen vor, die es nicht sind. — Ferner sieht er in jener Unmittelbarkeit der Wirkung überall eine Abweichung von dem Prinzipe, daß es keine unmittelbare Stellvertretung in Verträgen gebe; allein diese Wirkungen haben sammt ihrer Unmittelbarkeit nicht selten nichts mit der Stellvertretung zu schaffen. Wir wollen diese zwei Punkte wenn nicht in allen, so doch in den meisten Einzelnheiten der Schrift nachweisen.

a. Erwerb von Forderungen durch Sclaven und Hauskinder schlechthin (§. 2.) Nach unserer Definition sind diese nicht Stellvertreter, wenn sie für sich, d. h. rem peculiarem agentes erwerben; hier fehlt es an dem erforderlichen animus: für den Gewalthaber zu erwerben. Man darf ja nicht denken, daß der Handelnde hier nur dem Willen nach für sich, der Wirkung nach aber ganz für den Gewalthaber erwerbe: daß er also unvernünftig wolle, und sein Wille nicht weiter in Betracht komme. Der Sclave ist schlecht daran, der kein peculium hat [18]); mit diesem kann er sich wohl nicht nur seine gegenwärtige Lage erleichtern; es hängt damit auch die Aussicht auf Manumission zusammen [18a]). Auch die Lage des Kindes muß durch ein peculium an Freiheit der Bewegung gewinnen, besonders wenn es in größeren Vermögenstheilen, in ganzen Anwesen besteht [19]). Es ist nicht in bloßer Verwaltung seines Inhabers: es steht auf seiner eigenen Rechnung und heißt sein patrimonium [20]) — so daß es dann auch de jure dem Vater gehören, der Sache nach aber den Gläubigern verfallen und dann nicht einmal mehr frei adimirt werden kann [21]).

---

17) Pro Caecina cap. 20.

18) Plautus. Captivl. V. 4. v. 30. — — — ut istas compedes tibi adimam, huic dem. Stal. cui peculii nihil est, recte feceris.

18a) Virgil. Bucol. I· v. 33: Nec. spes libertatis erat, nec cura peculî. Senec. ep. 80: Peculium suum — pro capite numerant: tu non concupisces quantlcunque ad libertatem venire, qui te putas in illa natum?

19) Festus. v. Patres. ed. O. Müller S. 246. l. 7. §. 4. D. de peculio.

20) L. 5. §. 4. eod.

21) L. 21. eod.

b. In den s. g. actiones adjectitiae qualitatis haben wir unmittelbare Wirkungen aus fremden Contracten auf Dritte. So nimmt denn auch B. in allen diesen Contracten Stellvertretungen an. §. 3 §. 4.

Was nun aber zunächst die actio de peculio anlangt, so ist diese Klage ganz vorzüglich gerade für den Fall eingeführt, wo der Sclave &c. nicht rem domini gerens, sondern sich, sein Peculium im Auge, also nicht als Stellvertreter contrahirt [22]).

Ebenso wenig setzt die actio quod jussu Stellvertretung voraus: das jussum erfolgt z. B. ebensowohl bei Darlehen, die der Sclave seinethalber, als die er des Gewalthabers wegen aufnimmt [23]).

Der institor und der magister navis verpflichten den dominus, soferne sie innerhalb ihrer Vollmacht contrahiren. Allein sie können innerhalb dieser Grenze, und doch für sich contrahiren, z. B. Geld entlehnen, um es für sich zu brauchen. Hier sind sie nicht Stellvertreter; gleichwohl greifen die Klagen gegen den dominus Platz [24]). Dasselbe muß von der utilis actio ad exemplum institoriae gelten.

Selbst die actio de in rem verso beruht nicht immer auf einem stellvertretenden Contracte; der filius familias etc. kann für sich, in sein Peculium contrahirt, und erst nachher das Empfangene in rem patris verwendet haben [25]).

Hieraus erhellt, daß die Fälle der actiones adj. qual. troß der unmittelbaren Wirkung auf Dritte nicht nothwendig Stellvertretungen sind. Wir müssen nun aber auch noch diese unmittelbaren Wirkungen selbst, ihr

---

22) Vgl. l. 5. §. 2. D. h. t.

23) L. 9. §. 8. D. de peculio. l. 10. §. 10. D. de in rem verso. Idem tractat, an ex eventu possit in rem patris filius vertere: veluti si duo rei pater et filius fuerint, et filius mutuatus suo nomine solvat: vel si filio jussu patris credidisti, et filius creditum tibi solvisset? Mihi videtur, si quidem pecunia ad patrem pervenerat, videri in rem versum: quod si non fuit, et suum negotium gerens filius solvit, non esse de in rem verso actionem.

24) L. 1. §. 9. D. de exerc. — si ad reficiendam navem mutuatus, nummos in suos usus converterit, an in exercitorem detur actio? Et ait, si hac lege accepit, quasi in navem impensurus, mox mutavit voluntatem, teneri exercitorem, imputaturum sibi, cur talem praeposuerit: quod si ab initio consilium cepit fraudandi creditoris, et hoc specialiter non expresserit „quod ad navis causam accipit", contra esse. —

25) L. 5. §. 3. D. h. t.

Verhältniß zur Stellvertretung in's Auge fassen. Es ist eine nicht blos bei V., sondern weiterhin zu verfolgende Ansicht: diese actiones seien Wirkungen der Stellvertretung. Wie etwa der Eigenthumserwerb des Mandanten eine Wirkung der stellvertretenden Besitzergreifung des Mandatars bei der Tradition sei, so seien diese actiones die Wirkung stellvertretender Handlungen der Sclaven, Hauskinder, Institoren, Schiffer, Mandatare; freilich nicht so unmittelbare, die Mittelsperson überspringende, Wirkungen, sondern nur gewisse Nebenwirkungen [26]), da hier zunächst die Mittelsperson selber haftet. Diese Ansicht kann nun aber nicht richtig sein, wenn jene actiones auch aus Contracten entspringen, die keine Stellvertretung enthalten; es ist dann kein Causalnexus zwischen diesen Klagen und der Stellvertretung; sie haben mit der Stellvertretung nichts zu schaffen: wenigstens ihr Grund muß anderswo liegen. Wo, das wollen wir nun zu zeigen versuchen.

Allen diesen Klagen liegt eine Haftung des zu Belangenden zu Grunde; dies versteht sich von selbst, geht aber auch aus der Ausdrucksweise der Quellen hervor [27]). Identisch mit der der contrahirenden Personen selbst ist jedoch diese Haftung nicht; diese Haftung ist nicht die Contractsschuld selbst, sondern nur die Pflicht, die Klage aus der Contractsschuld auf sich zu nehmen; mit andern Worten: diese Haftung ist eine Defensionspflicht [28]). So kommen wir in diesen actiones statt auf eine Stellvertretung des Herrn durch den Sclaven, Institor rc. auf eine Stellvertretung des Sclaven, Institor rc. durch den Herrn. Was ist nun der Grund dieser Defensionspflicht? Er zeigt sich am klarsten bei der actio quod jussu. Das jussum dürfte hier nicht Befehl sein, wie V. S. 33 meint [29]) „Populus regem fieri jussit" heißt nicht: das Volk

---

26) Vgl. Savigny, Syst. III. S. 93. not. f. „indirecte Verpflichtungen".

27) Z. B. l. 1. §. 3. D. exerc. — si mercibus emendis vel vendendis fuerit praepositus, etiam hoc nomine obligat exercitorem. l. 3. §. 9. D. pec. — obligari patrem de peculio — l. 3. §. 5. D. in rem vers. — de in rem verso dominum teneri — ex qua causa — dominus obligatur. —

28) Vgl. Gaj. IV. §. 69. — de hac actione (de pec.) et de ceteris quae eorundem nomine in parentes dominosve dari solent — l. 4. D, si ex noxali causa etc. — quia quodammodo totum suum hominem defenderet etc.

29) Und auch anderwärts angenommen wird: z. B. Savigny Syst. III. §. 113. not. f. 2. „Wenn also der Herr dem Sclaven befahl, für ihn eine Schuld zu „contrahiren — führte der Prätor eine eigene Klage ein, quod jussu."

befahl ihm König zu sein[30]), — und wenn ein jussum von statten geht wie in l. 5. D. h. t.:

Si dominus vel pater — jusserit servo filiove numerari —

so hilft die Erklärung Puchta's[31]): das jussum sei ein Befehl an den Sclaven oder Sohn, der an den Dritten erklärt werde — nicht aus. In dieser Stelle ergeht das Jussum an den künftigen Gläubiger, kann also unmöglich Befehl sein.

Das Jussum erscheint als eine der Formen, in denen sich Vater und Herr servi, filii familias nomine obligiren und wird unmittelbar mit der fidejussio zusammengestellt[32]); der innere Zusammenhang mit fidejussio drückt sich wohl auch schon im Worte, gleichwie in dem Formulare aus, welches uns l. 1. §. 1 h. t.[33]) gibt. Zu der Behauptung, daß es nicht an den Gläubiger, sondern nur an den Sclaven oder Haussohn ergehen müsse, ist B. durch die Meinung verleitet worden, daß es Befehl bedeute (S. 34); nicht der Zusammenhang mit der fidejussio, alle Stellen, die diesen Punkt berühren, sind entgegen[34]). Was das Wort etymologisch bedeute, wissen wir wohl nicht; sein Sinn aber in unserer Anwendung geht aus der oben angeführten Formel (Anm. 33) mit aller Bestimmtheit hervor: es bedeutet eine Willenserklärung an den Gläubiger, in der er das Risico desselben auf sich nimmt. Zur fidejussio fehlt nur die Stipulation; aus diesem Mangel einer zweiseitigen Contractsform mag es herrühren, daß das jussum nur quodammodo einen Contract enthält[35]), daß es nur prätorisch, und nicht wie die fidejussio correaliter, sondern nur zur Defension obligirt.

Nichts hindert, die praepositio des institor und des magister navis als ein jussum zu denken, gerichtet an alle, die mit dem praepositus innerhalb des ihm zugewiesenen Geschäftskreises contrahiren wollen. Gajus IV, 71 läßt die institoria und exercitoria „eadem ratione" erstehen, wie die actio quod jussu; auch hier halte sich der Gläubiger

30) Rubino Röm. Verf. I. S. 255. Anm. 6.

31) Vorl. §. 277. Nro. 1.

32) L. 9. § 8. D. pec. Item deducetur de peculio, si quid dominus servi nomine obligatus est. aut praestitit obligatus: ita si quid ei creditum est jussu domini — Sed et si pro servo fidejusserit, deducendum —

33) „Quod voles eum Sticho servo meo negotium gerere. periculo meo." —

34) S. z. B. den ganzen Titel quod jussu.

35) L. D. h. t. — quodammodo cum eo contrahitur, qui jubet.

mehr an die voluntas (fides) des Gewalthabers, als des institor, es werde mehr ex domini patrisve voluntate contrahirt, und nichts sei billiger, als daß die Wirksamkeit dieser voluntas auch auf die Contracte mit dem extraneus institor, magister navis ausgedehnt sei. Nach dieser Auffassung ist die praepositio von dem jussum nur in der Form — als factische Erklärung von der wörtlichen — und dadurch verschieden, daß sie die Kraft eines jussum auch an der Seite des extraneus institor, magister navis hat. So wird denn auch, wenn der praepositus ein Sclave oder Sohn ist, zwar nicht jussu domini, patris, wohl aber quasi jussu ejus contrahirt [36]); der Gedanke aber, daß nicht blos der Gewalthaber neben dem seiner Gewalt Unterworfenen, sondern auch der Freie neben dem Freien durch einseitige Willenserklärung sich bürgschaftsartig verpflichten könne, auch auf das gewöhnliche Mandatverhältniß übertragen; seit Zulassung einer quasi institoria kann man sich im Mandate nicht nur dem Mandatar, sondern zugleich dem Dritten gegenüber verpflichten, quia et hic quasi praeposuisse eum — videatur [37]).

Der Zusammenhang der actio quod jussu institoria und exercitoria ist auch bei B. anerkannt; aber das Gemeinschaftliche in den Befehl verlegt.

Was ist bei der actio de peculio Grund der Defensionspflicht? Hier steht der Defensor nur peculiotenus für den Vertretenen ein. Nothwendig liegt in dieser Schranke der Defensionspflicht zugleich ihr Grund; wäre das peculium nicht, so wäre die Klage nicht. Es fragt sich nur, inwieferne das peculium Grund der Defensionspflicht sei. Man könnte an die concessio peculii denken, und annehmen, daß durch diese concessio jeder Dritte von dem Gewalthaber ermächtigt sei, peculiotenus mit dem Sclaven rc. zu contrahiren [38]). Hier stünde dann die concessio peculii mit dem jussum, mit der praepositio und mit dem Mandate auf einer Linie. So verführerisch dies ist, wir dürfen nicht nachgeben. Nirgends ist vorgeschrieben, daß dem Sclaven rc. zur Zeit, da er contrahirt, schon ein peculium concedirt sein müsse, damit die actio de peculio platzgreife; der Gläubiger hat also die Klage auch ohne daß er auf

---

36) L. 29. D. r. cr.: — quasi jussu ejus contrahatur, a quo praepositus est (servus) cf. §. 8. J. quod cum eo, qui in al. pot.

37) L. 10 §. 5. D mand. —

38) Puchta, Vorl. §. 277. Nro. 4. „— Der Grund der Klage ist lediglich die concessio peculii."

Grund einer solchen Ermächtigung contrahirte. Statt an die concessio peculii glauben wir an den Charakter des peculium als quasi patrimonium aufknüpfen zu müssen: veranlaßt durch die Quellen. Der servus fructuarius kann ein peculium duplicis juris haben, indem es sich zum Theil auf den Eigenthümer, zum Theil auf den Usufructuar bezieht. In L. 19. §. 1. D. de pec. wird unter anderem gefragt, ob der Usufructuar nur aus denjenigen Contracten des Sclaven hafte, welche in Anbetracht des auf ihn selbst bezüglichen Peculium's eingegangen seien, oder auch aus denjenigen, die dem anderen Theile des Peculium's gegolten hätten. Marcellus meint: ex omni contractu; mindestens — fügt er modificirend bei — hafte er mit seinem Antheil an dem Peculium aus den fremden Contracten eventuell, für den Fall, daß der Gläubiger mit der actio de peculio gegen den Eigenthümer nicht ganz zu seiner Sache komme. Hier haftet also der eine Herr mit dem ihm zugehörigen Theil des Peculiums für Schulden, die den anderen angehen. Soll er diesen in dem Sinne concedirt haben, daß er für fremde Schulden hafte, und deswegen belangbar sein? Das ist nicht anzunehmen. Marcellus gab auch einen ganz anderen Grund an: eum enim, qui contrahit, totum servi peculium quasi patrimonium intuitum. Natürlich, nicht weil er es so ansah, sondern weil er es so ansehen durfte. Es konnte hier streitig sein, ob für einen Contract, der nicht dem ganzen quasi patrimonium gegolten, das ganze quasi patrimonium hafte; der Satz aber stund vor dieser Entscheidung fest: daß das peculium haftet, weil es quasi patrimonium servi ist. —

So befänden wir uns im geraden Gegensatze zu Puchta, der a. a. O. (Anm. 38) in einer anderen Wendung die Klage daraus ableitet, daß das peculium dem Gewalthaber gehört. („Die Klage geht gegen den Vater, weil dieser der Herr des Peculiums ist; der Grund der Klage ist lediglich die concessio peculii etc.")

Die Vorstellung, daß das peculium quasi patrimonium des Sclaven und Hauskindes sei, ist gewiß so alt, als das Wort peculium selbst. Sie lag besonders in denjenigen Fällen nahe, in welchen es aus den Ersparnissen seiner Inhaber erwuchs: eine Entstehungsweise, welche nicht nur von Dichtern[39]) und Philosophen[40]), sondern auch in einer Defini-

39) Terent. Phormio I. 1. v. 9 sqq.
Quod ille unciatim vix demenso de suo,
Suum defraudans genium comparsit miser,

tion der Pandecten hervorgehoben wird[41]). Aus dieser Vorstellung ist der Satz hervorgegangen, daß das peculium für die Schulden seiner Inhaber hafte. Denn was liegt näher, als daß ein Vermögen für die Schulden desjenigen hafte, dem es gehört? Wahrscheinlich konnte der Sclave ꝛc. in demselben Umfang, als nachmals das peculium klagbar angegriffen werden durfte[42]), mit dem peculium von jeher zahlen; die Vorstellung, das peculium sei quasi patrimonium der Sclaven ꝛc., machte den thatkräftigsten Fortschritt, als sie die bloße Zahlbarkeit zur Klagbarkeit erhob. Eine Defension nun aber war wenigstens für den Sclaven nothwendig; ein Anderer als der, penes quem peculium est, konnte sie nicht wohl übernehmen: in der Regel[43]) also nur der gegenwärtige Gewalthaber. Den positiven Grund dieser Defensionspflicht dürften wir aber in der aequitas zu suchen haben: waren die Gewalthaber Vertreter ihrer Sclaven und Kinder in allen Activklagen; warum sollten sie sich der Vertretung entschlagen, wenn einmal die Schuldner als Gläubiger kamen?

Der Gegensatz des peculiarischen Vermögens zu der res des Gewalthabers tritt nicht minder scharf in der actio de in rem verso auf. Man kann von einer Bereicherung des Herren reden, wenn das Peculium des Sclaven mit Sachen, Forderungen vermehrt, oder von Schulden liberirt wird; allein diese Bereicherung reicht zu unserer Klage nicht hin[44]): die res domini selbst, im Gegensatze zu der des Sclaven, muß bereichert, d. h. gefördert, oder vor Schaden bewahrt sein (ut aut meliorem rem dominus habuerit, aut non deteriorem[45]). Daß nicht schon der Contract selbst rem domini patris vor Augen haben mußte, haben wir oben bemerkt[46]); das aus dem Contract Empfangene konnte Peculiar-

Id illa universum abripiet, haud existimans,
Quanto labore partum etc. etc.
Virgil. Bucol. I. 33 sqq. Plaut. Asin. II. 4. v. 91: Frugi tamen sum, nec potest peculium enumerari.

40) Seneca, ep. 80. „— Peculium suum, quod comparaverunt ventre fraudato —".

41) L. 39. D. pec. (Florent.) Peculium ex eo consistit quod parsimonia sua quis paravit, vel officio meruerit a quolibet sibi donari: idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit.

42) Vgl. L. 3. §. 5 — 12. D. h. t.

43) L. 12. L. 33. L. 34. L. 35. D. h. t.

44) L. 5. §. 3. l. 6. l. 3. §. 5. l. 11. D. h. t.

45) L. 3. §. 2. D. eod.

46) s. o. Anm. 25.

gut werden; wenn es nur nachher in rem domini kam. Warum nun aber keine actio de in rem verso, wenn der Sclave das in peculium Empfangene dem Herren schenkte[47]? Wir meinen: nicht der animus donandi stund im Wege[48]; wenn irgendwie der Herr de in rem verso haftet, so muß er dann vor allem haften, wenn er lucrirt; sondern die Form der versio: dieses Hingeben ist kein rem domini gerere. Warum wird aber ein rem domini gerere verlangt[49]? Der Fall, von dem die actio de in rem verso ausging, war allerdings der, daß der Sclave ꝛc. aus dem fraglichen Contracte nicht für sich, nicht für sein Peculium, sondern für die res des Gewalthabers erwerben wollte und wirklich[50]) erwarb. Auf diesen Fall wird die actio de in rem verso im Edict gestellt worden sein; er erscheint in den Commentaren als der gewöhnliche, als derjenige, welcher keiner weiteren Begründung bedarf. Den anderen Fall aber, wonach unter Umständen auch für das Peculium contrahirt sein durfte, führt Ulpian auf ein „Placet“[51]), demnach auf die Jurisprudenz zurück, und meint, ihn durch die Praxis belegen zu müssen[52]). Fassen wir nun den ersteren Fall in's Auge, dann setzt die Klage voraus, daß der Sclave ꝛc. in dem Contract ein negotium alienum, domini, gerire. Diesen Gedanken scheint man festgehalten zu haben, als der Contract selber nicht mehr negotium alienum zu sein brauchte; wenn nicht

---

47) L. 7. pr. D. eod. — Si donaverit servus domino rem peculiarem, actio de i. r. v. cessabit. —

48) Wie Buchka S. 32 meint. In l. 7. §. 1. D. h. t. vertirt der Sclave wirklich animo donandi, dem Zusammenhange nach aus dem peculium. In l. 10. §. 2. eod. wird die actio de in r. v. nicht deswegen versagt, weil der Sohn schenkt; sondern weil er das Empfangene zur Zahlung einer Schuld verwendet, die er für den Vater schenkungsweise übernommen hat.

49) L. 5. §. 3. D. h. t. Placet, non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio: Hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus. —

50) L. 3. §. 9. D. h. t. Sed si sic accepit, quasi in rem domini verteret, nec vertit, et decepit creditorem, non videtur versum, nec tenetur dominus. —

51) L. 5. §. 3. h. t. Placet, non solum eam pecuniam in rem verti, quae statim a creditore ad dominum pervenerit, sed et quae prius fuerit in peculio.

52) L. 3. §. 1. h. t. — sive peculiariter mutuatus, postea in rem domini vertit. Hoc enim jure utimur, ut etiam si prius in peculium vertit pecuniam, mox in rem domini, esse de in rem verso actio possit. —

im Contract, so mußte doch in der Verwendung des durch den Contract Empfangenen ein rem domini gerere, ein negotium alienum vorliegen[53]). Hatte man doch in dieser Form des vertere zugleich eine Schranke gegen weitere Ausdehnung der Klage[54]).

So findet unsere Klage statt, wenn der Sclave rc. schon im Contracte selbst, oder doch in der Verwendung des aus dem Contracte Empfangenen als Stellvertreter des Herren gehandelt hat. Ist demnach nicht Stellvertretung der Grund der hier vorliegenden Defensionspflicht? Wir müssen es verneinen. Wäre wirklich Stellvertretung der Grund dieser Defensionspflicht, so hätte die actio de in rem verso gewiß dieselbe Ausdehnung auf Dritte und sui juris homines bekommen, als die actio quod jussu sich in der institoria, exercitoria, quasi institoria fortgesetzt sieht. Wenigstens wäre nicht abzusehen, warum gerade die Vertretung des Gewalthabers, und nur sie diese Folge haben sollte.

Gewiß liegt ein besonderer Grund vor, warum die Stellvertretung nur in diesem Falle Defensionspflicht erzeugt. Was das für ein Grund sei, vermögen wir nicht sicher anzugeben; indessen könnte er auch hier aequitas geheißen haben. Der Herr hatte seinen unmittelbaren Vortheil, wenn der Sclave in Activ-Contracten für ihn handelte; hierin lag ein Drang, ihn auch im entgegengesetzten Falle in Mitleidenschaft zu ziehen. —

Fassen wir demnach die verschiedenen Gründe der Defensionspflicht aus Contracten der Sclaven und Hauskinder zusammen, so zeigt sich, daß sie — abgesehen von den Delicten — die Gründe der Obligationen überhaupt in ihren wesentlichen Zügen abspiegeln. Die Defensionspflicht aus dem Jussum, aus den Contracten des institor, magister navis und Mandatars beruhen auf Willenserklärungen des Herren an den dritten Contrahenten — ein Obligationsgrund, der den Contracten entspricht. Die Defensionspflicht de peculio und de in rem verso rührt von einer aequitas her, welche ohne Contract wirkt, wie wenn contrahirt wäre

53) Die Fortsetzung der Stelle in Anmerk. 42: hoc autem totiens verum est, quotiens servus rem domini gerens locupletiorem eum facit nummis peculiaribus. —

54) Fortf. der vorigen Stelle: alioquin si servo peculium dominus adimat, vel si vendat eum cum peculio, vel rem ejus peculiarem et pretium exigat, non videtur in rem versum (l. 6). Nam si hoc verum esset, etiam antequam venderet rem peculiarem, de in rem verso teneretur: quia hoc ipso, quod servus rem in peculio haberet, locupletior fieret: quod aperte falsum est.

(l. 1. pr. D. de in r. v.) und gleicht demnach den s. g. Quasicontracten (z. B. l. 66. D. cond. ind.).

So wäre der legislative Grund dieser Defensionspflichten nicht in Stellvertretung zu suchen. Vor allem darf man sich nicht vorstellen, daß in ihnen eine Entwicklung oder Fortbildung der mittelbaren Stellvertretung zur unmittelbaren stattfinde. Wenn der Satz aufkam, daß der Mandant durch die Apprehension des Mandatars Besitzer werden könne, so hatte das Recht nichts vor Augen, als Stellvertretung; es war ihm um Schöpfung einer unmittelbaren Stellvertretung zu thun. Hier dagegen, wo es häufig an Stellvertretung überhaupt fehlt, kann es sich nicht um ihre Ausbildung gehandelt haben. — Bei der einen oder anderen dieser Defensionspflichten kann ferner Stellvertretung als einer der mehreren bestimmenden Umstände mitgewirkt haben; deshalb ist sie aber noch nicht Grund derselben. Das Hingeben trägt bei zur condictio indebiti, ist aber deshalb nicht ihr Grund. Daß der Sclave für den Herren contrahirt, war einer der Gründe, aus denen die Defensionspflicht de in rem verso zuerst hervorging — nicht ihr Grund.

Aber selbst in dem geringen Umfange, wo die Stellvertretung mit unter den Gründen der Defensionspflicht erscheint, kann diese nicht als eine zur Stellvertretung gehörige Wirkung betrachtet werden. Es ist großer Unterschied zwischen denjenigen Wirkungen einer Handlung, die zu ihr gehören, und denjenigen, die mit ihr sonst wie im Zusammenhange stehen. Es gehört zur unmittelbaren Stellvertretung im Besitzerwerb, daß die stellvertretende Handlung den Dritten zum Besitzer mache; es ist diese Wirkung ein Theil des Ganzen. Daß dagegen der Herr oder Vater de in rem verso hafte, gehört nicht zu der hier obwaltenden Stellvertretung: diese ist schon da, soferne nur res domini, patrisf. gerirt worden.

c. Was wir von dem Verhältniß der actiones adj. qual. zu der Stellvertretung bemerken zu müssen glaubten, gilt auch von dem Erwerb der Forderungen, den der Gewalthaber durch Sclaven und Hauskinder macht (B. §. 2). Daß hier eine Stellvertretung vorliege, so oft für den Gewalthaber (hoc animo) contrahirt wird, ist kein Zweifel; entschieden liegt dann auch eine unmittelbare Stellvertretung vor. Aber selbst diese Unmittelbarkeit hat mit der Stellvertretung, ihrem Begriffe, ihren Regeln und Ausnahmen nichts zu schaffen; weil sie eben sowohl vorkommt, wo keine Stellvertretung vorliegt, kann sie keine Wirkung der Stellvertretung, und nicht ihrethalben dasein; die Römer haben in ihr die patria, dominica potestas, nicht die Stellvertretung ausgebildet und ausgeführt.

d. Aus Contracten der Institoren, Schiffer, Procuratoren, Mandatare, Vormünder, Actoren ꝛc. können utiles actiones zu Gunsten des Geschäftsherrn gegen den dritten Contrahenten entspringen. Darin sieht B. Stellvertretung (§. 6—7).

Daß diese utiles actiones nicht ohne weiteres, auf den bloßen Contract hin, platzgreifen, hält auch B. fest. Als weitere Voraussetzung bezeichnet er Insolvenz des Geschäftsführers (§. 6). Ihre Richtigkeit erhellt aus l. 2. D. instit. — si modo aliter rem suam servare non potest; — nur darf nicht übersehen werden, daß in l. 5. D. stip. praet.[55]) die Insolvenz nur als Beispiel erscheint, und daß nicht nur l. 2. cit., sondern auch die übrigen von B. allegirten Stellen[56]) noch für andere Fälle Raum offen lassen. Für was für Fälle, das soll hier nicht weiter verfolgt werden: ist doch in jenen Worten des Gajus „Si modo aliter rem suam servare non potest" etwas ausgesprochen, das uns viel wichtiger dünkt, und über allen Zweifel erhaben ist: daß der Geschäftsherr etwas (rem) zu wahren haben müsse. Er muß mit seiner res bei dem Contracte des Geschäftsführers betheiligt sein. Würde z. B. der procurator mit eigenem Gelde für den dominus gekauft haben, so wäre vorderhand an keine utilis emti actio zu Gunsten des dominus zu denken; erst wenn er demselben seine Auslagen erstattet hat, kann er „rem amissurus" sein[57]). Ist gleich anfänglich, oder, wie wir so eben annahmen, ex postfacto aus seinem Vermögen contrahirt, dann und nur dann hat der dominus wirksamen Anspruch auf Cession der Contractsklage; ist der Procurator insolvent, die Cession also nicht mehr möglich, so soll der dominus, von dem die Sache ist, den Gläubigern, bei denen blos das formale Recht ist, vorgezogen werden — (succurrere — domino praetor debet. l. 5. D. cit.).

Also nicht sowohl darum, weil der Geschäftsführer für ihn gehandelt, sondern darum, weil er mit Gut und Geld des Herren für diesen

---

55) In omnibus praetoriis stipulationibus hoc servandum est, ut, si procurator meus stipulatur, mihi causa cognita ex ea stipulatione actio competat. Idem est et cum institor in ea causa esse coepit, ut interposita persona ejus dominus mercis rem amissurus sit, veluti bonis ejus venditis; succurrere enim domino praetor debet.

56) L. 12. §. 24. D. act. curti. l. 18. §. 16. D. damn. inf. l. 1. §. 17. D. exerc. act. l. 68. D. procur.

57) Anm. 55.

gehandelt, hat letzterer utilem actionem. Aber wie, wenn er zwar mit Geld und Gut des Herren, aber nicht für den Herren, sondern für sich selbst gehandelt hat, wenn also gar keine Stellvertretung vorliegt? Es scheint allgemein angenommen werden zu dürfen, daß utilis actio selbst dann platzgreife; für Contracte der Vormünder ist es gewiß[58]).

Soviel ist sicher, daß diese utilis actio dem dominus negotii seiner Sache wegen, nicht weil er vertreten worden, zusteht; daß also auch diese utilis actio mit einer Wirkung der Stellvertretung nichts zu schaffen hat.

e. Eine Stellvertretung in Contracten nimmt B. auch da an, wo der Contrahent nicht für sich, sondern für seine Erben contrahire. Er ist nämlich der Ansicht, daß seit l. unic. C. ut act. et ab heredibus et contra etc. der Erblasser activ und passiv so contrahiren könne, daß Forderung und Schuld erst in der Person seiner Erben, eines Einzigen, oder Mehrerer, oder Aller, pro rata, oder in solidum, oder wie der Erblasser will, zur Entstehung komme (§. 8). Selbst wenn — was wir mit Scheurl[59]) bestreiten — diese Auslegung der l. unic. C. cit. richtig wäre, so könnten wir doch eine Stellvertretung in solchen Contracten nicht zugeben. Immerhin müßte der betreffende Erbe zuvor per universitatem succediren, etwa in die Erbschaft oder eine Portion eingesetzt sein. Wenn nun der Testator Jemanden zum Erben macht, so mögen wir ihn deshalb nicht Stellvertreter des letzteren nennen; warum soll er es werden, wenn er ihm noch sonst wie etwas aufbürdet oder zuwendet?

f. Weiterhin (§. 11) rubrizirt B. die subjectiven Wirkungen des Eides (d. h. der Delation und der Ableistung des Eides) und zählt insbesondere unter nro. 2. 3. 4. die Fälle auf, in welchen die Wirkungen auf dritte Personen gehen, weil nach seiner Ansicht in all diesen Fällen eine Stellvertretung vorliegt. So kommt es denn auch, daß der correus, und der Bürge, und der Hauptschuldner, indem einer von ihnen deferirt, oder schwört, Stellvertreter des anderen correus, oder des Hauptschuldners, oder des Bürgen sein soll. Indessen ist klar, daß diese Leute, so wie sie für sich intendiren und vertheidigen, auch für sich defe-

---

58) L. 2. D. quando ex facto tutoris etc. Si tutor vel curator pecunia ejus, cujus negotia administrat, mutua data, ipse stipulatus fuerit, vel praedia in nomen suum emerit: utilis actio ei, cujus pecunia fuit, datur ad rem vindicandam vel mutuam pecuniam exigendam.

59) Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts. Nro. III.

riren und schwören, und daß sie ebensowenig Stellvertreter in Bezug auf den Eid sind, als auf den Proceß überhaupt.

Ob Jemand Stellvertreter im Eid sei, hängt davon ab, ob er es im Prozesse ist. Mit der Stellvertretung im Prozesse beschäftigen wir uns aber hier nicht. B. zieht den Eid herbei, weil er einen Vertrag zur Voraussetzung habe, bekennt aber zugleich, daß desselben Wirkungen auf dritte Personen nicht in seiner Vertragsnatur wurzeln.

g. Als Stellvertretung schlechthin behandelt B. (§. 13. nro. 1) diejenigen Fälle des commodatum und depositum, in denen einem Dritten — dem Eigenthümer — die Restitution bedungen, und diesem auch eine utilis actio erworben wird. Allein hier dürfte selten eine Stellvertretung vorliegen; meistens wird ein solches Commodatum aus meiner eigenen Gefälligkeit, das Depositum aus meiner eigenen Verlegenheit entspringen; und wenn ich nun unmittelbare Rückgabe an den Eigenthümer ausmache, so ist das kein Pact, in dem ich statt des letzteren handle, sondern der Weg, auf dem ich restituire. —

Eine Schenkung mit der Auflage, ut post tempus id quod donatum est, alii restituatur (§. 13. nro. 3) ist dadurch, daß dieser Dritte von den Kaisern eine utilis actio bekommen hat, nicht zur Stellvertretung geworden. Sonst müßte man auch den Testator Stellvertreter der Fideicommissare nennen. Es fehlt am negotium alienum. Man darf dieses nicht etwa darin sehen, daß der Schenker für den Dritten paciscirt. Früher mußte der Dritte, um eine Klage zu bekommen, vom Beschenkten stipuliren[60]); dieses Geschäft ist ihm erlassen worden, dadurch aber nicht zum Geschäft des Schenkers geworden.

3) In der Vorstellung von dem, was Stellvertretung sei, verräth B. einiges Schwanken. Geht aus Obigem hervor, daß er sie in einer gewissen Wirkung der Handlung sieht, so bringt er uns in §. 10 auf einen ganz anderen Gesichtspunct: „— von wem auch die dos bestellt ist, „juristisch wird dieselbe stets als dem Mann von Seiten der Frau zu„kommend aufgefaßt und jeder dritte Constituent der dos mit Einschluß „des Vaters der Frau lediglich als Stellvertreter der letzteren in Bezug „auf die Hingabe der dos betrachtet.“ —

60) L. 3. C. don. sub modo. — cum postea benigna juris interpretatione divi Principes ei, qui stipulatus non est, utilem actionem juxta donatoris voluntatem competere voluerunt.

B. bemerkt später noch ausdrücklich, daß hier eine Stellvertretung nur in der Hingabe der dos, nicht auch in der Begründung der dotis actio zu suchen sei. Also gerade der juristischen Wirkung auf die dritte Person wird diesmal die Bedeutung für Stellvertretung abgesprochen. Warum aber ist die Hingabe der dos Stellvertretung? Wegen „der „unzähligen Stellen, in welchen der dritte Geber der dos als für die „Frau (pro filia) oder im Namen derselben (filiae nomine) handelnd be„zeichnet wird."

Hier ist eine Annäherung an unsere Definition: der Stellvertreter handelt für einen Andern. Indessen haben wir auch schon oben[61]) bemerkt, daß dieses „für einen Anderen handeln" zur Stellvertretung noch nicht hinreiche, weil sonst auch der Bürge Stellvertreter wäre; wir haben desgleichen hervorgehoben[62]), daß unmöglich der Vater, der seine Tochter dotirt, ihr Stellvertreter heißen könne. Es kann in der Dotirung einer Frau Stellvertretung vorkommen; ich kann den Vater, jede dotationspflichtige Person, die Frau selbst vertreten; nicht immer ist die Frau vertreten, wenn sie durch einen extraneus eine dos bekommt: selbst wenn dieser ihrethalben gibt, ist er noch nicht ihr Stellvertreter: so z. B. dann nicht, wenn ein Verwandter dotiren sollte; denn dann ist die Dotirung keinesfalls negotium mulieris. Anders wenn er als Mandatar der Frau handelte.

Was den Erwerb der Dotalforderung für die Frau anlangt, so stimmen wir B. bei, daß er nicht in irgend einer stellvertretenden Handlung beruhe. Auch daß das Gesetz vermittelnd eingreife, scheint mir kein unrichtiger, wenn gleich ein unausgeführter Gedanke. Vermuthlich ist auch hier[63]) der Frau ein Geschäft erlassen worden: die Stipulation, von der es später, freilich in einer anderen Richtung, wiederum hieß: intelligi fuisse eam adhibitam[64]). Wird nun überhaupt von der Frau keine Handlung begehrt, so bedarf sie derenthalben auch keine Vertretung.

4) Buchka's Prinzip: „Unzulässigkeit der Stellvertretung in Verträgen" muß, wenn unsere Definition richtig ist, heißen: „Unzulässigkeit

---

61) S. 5.

62) S. 2.

63) Vgl. oben Anm. 60.

64) L. unic. Cod. rei uxoriae. act.

der unmittelbaren Stellvertretung in Verträgen." So kann denn auch nur von Ausnahmen unmittelbarer Stellvertretung die Rede sein. Was B. nun oben als Ausnahmen anführt, ist, wie wir bemerken mußten, theils gar nicht Stellvertretung; theils ist es nicht von der Art, daß es als unmittelbare Stellvertretung bezeichnet werden konnte; denn das Unmittelbare bei diesen Stellvertretungen geht nur neben ihnen her, nicht aus ihnen hervor und gehört nicht zu ihnen; — theils aber endlich enthält es wahrhaft unmittelbare Stellvertretung, und darauf wollen wir nun übergehen.

a. Werden wir nachher einen Fall finden, in welchem unmittelbar Stellvertretung in Contracten durchgedrungen ist, so bietet uns die Tutel denjenigen, in welchem sie dem Gedanken nach da, der Form nach aber noch nicht fertig ist. Der Gedanke unmittelbarer Stellvertretung ist, wenn es sich um Verpflichtung handelt, der, daß nicht der Stellvertreter, sondern der, welchem der Contract gilt, verpflichtet werden soll. Diesen Gedanken durchzuführen, dazu mußten Stellvertretungen treiben, welche nicht freiwillig übernommen werden. So wurde der Tutor freigemacht von den Contracten, die er für den Pupillen übernahm — jedoch zögernd, anfänglich nur in Fällen, wo er nothgedrungen selbst contrahiren mußte[65]). Ferner nicht förmlich: unmittelbar aus dem Contract wurde er selbst Schuldner, und erst finita tutela die Klage utiliter gegen den Pupillen selbst gerichtet; dagegen ging freilich auch während der Tutel die actio judicati nur gegen den Pupillen und nach der Tutel waren er und seine Erben auch nicht mehr belangbar. (Vgl. B. §. 7).

Das versteht sich übrigens von selbst und ist in den Quellen mehrfach ausgesprochen, daß der Contract nicht blos angeblich, sondern auch wirklich in rem pupilli geschlossen sein muß[66]); sonst läge keine Stellvertretung vor. Aber nicht so leicht kommen wir mit B. darin überein, daß der Contract nicht blos wirklich, sondern auch angeblich für den Pupillen geschlossen sein mußte. B. findet hiefür schlagende Bestättigung in l. 5. §. 1. D. quando ex facto tut.

Tutor, qui pecuniam se soluturum cavit, quam pater pupilli con-

---

65) L. 2. pr. D. administr. et peric. tut. — maxime si non se liti obtulit, sed cum non posset vel propter absentiam pupilli, vel propter infantiam auctor ei esse ad accipiendum judicium.

66) Buchka a. a. O. S. 66. Anm. 13.



demnatus fuerat, actionem post tutelam finitam recte recusat. **Non idem in eo placuit, qui suo nomine mutuam pecuniam accepit, et judicatum pro pupillo fecit: nisi forte creditor ideo contraxit, ut in causam judicati pecunia transiret.**

Wir meinen, in den letzteren Worten dieser Stelle sei gesagt, daß der Tutor auch dann frei werde, wenn er blos der Sache nach für den Pupillen contrahirt, dagegen den Contract selbst auf seinen eigenen Namen gestellt hat. Freilich muß hier der Tutor dem Gläubiger beweisen, daß letzterer selbst nur in Absicht auf den Pupillen creditirt habe; es ist immer noch festgehalten, daß dem Gläubiger nicht ohne Wissen und Willen ein anderer Schuldner substituirt werden dürfe.

Darin aber stimmen wir — so zweideutig sich auch die Quellen hiegegen verhalten [67]), und so wenig — freilich weniger aus exegetischen Gründen als im Eindruck veränderten Rechtes — die ältere Jurisprudenz dafür war [68]), mit B. überein: daß jene utilis actio nicht schon während der Tutel gegen den Pupillen geht. Wird der Tutor, wenn condemnatus, doch nicht exequirt, so sieht man das praktische Bedürfniß nach dieser Ausdehnung nicht ein. Zudem sagen mehrere Stellen, daß finita tutela die Klage wider den Tutor auf den Pupillen „transferirt" [69]) werde — was nicht paßt, wenn sie schon während der Tutel gegen ihn geht.

b. Wie dem Gedanken so der Form nach unmittelbar ist die Stellvertretung, welche das römische Recht bei Darlehenscontracten zuläßt. (B. §. 9). Hier kann man für einen Dritten derart contrahiren, daß der Dritte die Darlehensforderung, der Contrahent aber Nichts erwirbt. Im Einzelnen können wir B. nicht überall beistimmen. So scheint es uns gar keine Stellvertretung im Contracte zu sein, wenn Jemand mit dem künftigen Schuldner mündlich, oder aus der Ferne, selbst paciscirt, und die Mittelsperson nur zur Auszahlung der betreffenden Darlehenssumme anweist. Hier ist eine Stellvertretung in der numeratio, nicht in

---

67) Vgl. z. B. gegen l. ult. D. quando ex fact. tut. l. 18. §. 2. D. ut legat. causa cav. — l. 4. §. 1. D. evict. l. 3. C. quando ex facto tut.

68) Glück, Comm. Bd. 31. §. 1345 b. §. 1347; außerdem besonders Voët und seine Gewährsmänner, comment. ad Pand. h. t. Nro. 3. Die Glosse zu l. 3. C. 5, 39.

69) L. 13. §. 7. D. a. emti et vend. l. 26. C. administr. tut.

dem zum Contracte nöthigen Pacte. Dieser Unterschied tritt besonders scharf dann hervor, wenn ich Jemanden vermittelst Delegation meines Schuldners leihe; letzterer promittirt, und zahlt seine eigene Schuld, hierauf beschränkt sich seine ganze Thätigkeit; keine Spur von einem Darlehenscontracte, dessen Dasein nur aus dem Consense des Delegauten mit dem Delegatar ermessen wird [70]). Unmöglich ist hier der Delegat Stellvertreter im Contracte. So fordern wir zu der Stellvertretung im Darlehenscontracte, daß der Vertreter contrahire, etwa dergestalt, wie Paulus beschreibt:

— Si liber homo nostro nomine pecuniam daret — ut nobis solveretur, obligatio nobis pecuniae creditae acquireretur. L. 126. §. 2. D. v. o.

Die Worte „ut nobis solveretur" sind ein Pactum des Zahlers: von einer Unterhandlung zwischen dem künftigen Gläubiger und Schuldner ist keine Rede. —

Dieselbe Stelle zeigt, wie gleichgiltig es ist, ob der Stellvertreter sein eigenes oder des Vertretenen Geld herleihe (— si nostro nomine pecuniam daret, vel suam, vel nostram —).

Eine andere Frage dagegen taucht auf, die V. schneller beigelegt hat, als es die Lage der Quellen und der Literatur erlaubt: kann einem Anderen eine Darlehensforderung erworben werden, ohne daß dieser irgendwie davon weiß, oder es will?

L. 9. §. 8. D. r. cr. (Ulp.) Si nummos meos tuo nomine dedero, velut tuos, absente te et ignorante, Aristo scribit, adquiri tibi condictionem. Julianus quoque de hoc interrogatus libro 10. scribit: veram esse Aristonis sententiam: nec dubitari, quin, si meam pecuniam tuo nomine, voluntate tua, dedero, tibi adquiratur obligatio; cum quotidie credituri pecuniam mutuam ab alio poscamus, ut nostro nomine creditor (meus et) [71]) futuro debitori nostro.

Wir halten die Schwierigkeit dieser Stelle nicht für beseitiget durch

---

70) L. 32. D. r. cr.

71) Ueber diesen Text der Florent. und andere Lesarten: „ut, n. n. creditor numeret futuro d. n." — „ut n. n. credatur futuro d. n. etc. s. Glück Comm. XII. §. 779.

die Bemerkung [72]), daß man voluntate tua zu der sententia Aristonis heraufbeziehen und als stillschweigend vorausgesetzt annehmen dürfe. (B. S. 85). Zwar leuchtet wohl ein, daß man ein Darlehen gewollt, und doch nichts von ihm (d. h. von seinem Abschluße) gewußt haben kann. Aber warum ist denn in dieser sententia Aristonis ein so wesentliches Stück ausgelassen worden? Die Glosse [73]) nimmt die Worte wie sie liegen, hält es für Aristo's Satz, daß der Erwerber der Forderung schlechterdings nichts von dem Darlehen gewollt und gewußt zu haben brauche, und erklärt das „voluntate tua" Julians durch ein vorgeschobenes „maxime." Eine dritte Ansicht, vor G. Noodt [74]) bei Donellus [75]), interpretirt die Nothwendigkeit wenigstens einer ratihabitio heraus, ohne daß uns recht klar wird, wie - Heimbach [76]) endlich hat eine andere Ansicht, als ihm B. (S. 84) beilegt: er sieht in der condictio, welche dem Abwesenden, nichtswissenden Dritten erworben wird, keine Darlehensklage; ferner denkt er sich auch den Fall des Aristo anders als wir, indem er auf „velut tuos" Nachdruck legt, und in diesen Worten einen Irrthum des Gebers sieht, der seine eigenen Münzen hingibt, während er die Deinigen zu geben glaubt. Wir müssen zugeben, daß dieses velut tuos (neben tuo nomine) müßig steht, wenn es nicht eine besondere Bewandtniß mit ihm hat; allein den fraglichen Irrthum aus ihm herauszulesen, wird deswegen schwer, weil Julian, der doch des Aristo Sentenz auf- und vornimmt, so gar nichts von einem Irrthum andeutet. — Die übrigen Quellenzeugnisse sind auch hier zweideutig: bald setzen sie die voluntas ausdrücklich voraus, aber man weiß nicht, ob als Erforderniß, oder als gewöhnliches Vorkommen [77]); bald schweigen sie, aber man weiß nicht, ob zufällig, oder absichtlich [78]). Eine Stelle scheint uns übrigens ihres concreteren Inhaltes wegen bemerkenswerth:

L. 4. C. si cert. petatur (Antonin. a. 215). Si absentis pecuniam

---

72) Savigny, Syst. IV. §. 157. Not. 9. Früher Em. Soarez a Ribeira, s. Glück a. a. O. S. 22.

73) Zu l. cit. „voluntate."

74) S. Glück a. a. O. S. 22.

75) Comment. ad Cod. 4. 2. l. 4.

76) Die Lehre von dem Creditum rc. 1849. S. 185 sqq.

77) L. 2. §. 4. l. 15. D. r. cr. l. 34. pr. D. mand.

78) L. 126. D. v. o. l. 2. C. per quas. pers. nobis acquir.

nomine ejus foenori dedisti, ac reprobato nomine mandatis actionibus experiris: praeses provinciae jurisdictionem suam praebebit. §. 1. Idem si cessare mandatum animadverterit, utilem tibi adversus debitorem eo actionem nomine competere non negabit.

Daß hier der Dritte von dem Darlehen nicht nur während des Abschlusses nichts gewußt, sondern es überhaupt nicht gewollt hat, das zeigt sich in der reprobatio nominis: diese wäre nicht denkbar, wenn er es gewollt hätte. Aber eben so gewiß ist, daß dennoch Er die Klage erwirbt, nicht der Contrahent; wie sollte er sie sonst dem letzteren cediren? Es darf als Ausflucht bezeichnet werden, wenn Donellus [79]) sagt: es sei hier zwar keine approbatio, aber eine ratihabitio erfolgt; non ratihabere und reprobare seien zweierlei. Beleg hat er keinen. Die Identität dieser Ausdrücke liegt nun aber nicht nur an sich sehr nahe, sondern wird durch Stellen, wie l. 9. D. neg. gest. [80]) außer Zweifel gestellt. Nur Einen Punct scheint die Stelle unsicher zu lassen: ob dann die Klage, von der die Rede ist, Darlehensklage, nicht etwa — weil des Klagerwerbers eigenes Geld ohne sein Wissen und Wollen an den Empfänger gekommen — (nummis consumtis) condictio sine causa sei, eine Annahme, die sich auch dadurch empfiehlt, daß man mit fremdem Gelde ohne Wissen und Wollen des Eigenthümers auch für sich selber, wenigstens sofort, kein Darlehen constituiren kann. Doch lassen wir einstweilen auch diese Unsicherheit liegen; Beweises genug, daß Quellen und Literatur auf unsere Frage weder einstimmig noch sicher antworten.

Was nun unsere eigene Meinung anlangt, so wenden wir uns, der größeren Sicherheit halber, vorerst auf neutrales Gebiet, zur condictio indebiti. Auch hier ist es möglich, daß derjenige, welcher ein fremdes indebitum zahlt, dem Dritten die condictio erwirbt; auch hier ist gleichgiltig, mit wessen Geld er zahlt, ob mit dem seinigen, oder mit dem des vermeintlichen Schuld-

---

79) a. a. O. — utrumque in dominum cadit, ut mutuum quidem agnoscat, sed nolit id mutuum esse periculo suo; — und: reprobare nomen non est dicere, se nolle pecuniam mutuam datam esse — —

80) — si negotium a te — gestum probavero, neg. tamen gestorum te mihi non teneri. Videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio neg. gest. pendeat. — — Sed eo dictum, te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum. —

ners [81]). Aber die Frage, ob der Zahler ex voluntate des letzteren gezahlt haben müsse, scheint hier eher entschieden werden zu können:

L. 47. D. h. t. Indebitam pecuniam per errorem promisisti; eam qui pro te fidejusserat, solvit: Ego existimo, si nomine tuo solverit fidejussor, te fidejussori, stipulatorem tibi obligatum fore. Nec exspectandum est, ut ratum habeas: quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur. Si autem fidejussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse: quoniam indebitam jure gentium pecuniam solvit; quo minus autem consequi poterit ab eo, cui solvit, a te mandati judicio consecuturum; si modo per ignorantiam petentem exceptione non summoverit.

In dem ersteren dieser zwei Fälle zahlt der Bürge nicht für sich, in Anbetracht seiner fidejussoria obligatio, sondern für den Hauptschuldner, in Anbetracht des debitum principale. Letzterer bekommt die Rückforderung, wie es ausdrücklich heißt, ohne Ratihabition. Auch ein ausdrückliches Mandat liegt nicht vor; allein wir werden an einen Bürgen denken müssen, der vom Schuldner bestellt ist, und Regreßklage gegen ihn hat (mandati judicio consecuturum); ein solches Mandat, zu bürgen, enthält stillschweigend in sich das Mandat, allenfalls auch für den Schuldner zu zahlen, und darum, sagt die Stelle, habe der Schuldner die condictio.

Die Stelle setzt also wirklich eine voluntas des Erwerbers voraus; aber nicht darum haben wir sie hervorgehoben; diese Voraussetzung findet sich auch in anderen Stellen [82]; sie ist wichtig darum, weil sie zu erkennen gibt, daß ratihabitio oder Mandat unumgängliches Erforderniß seien. Noch wichtiger wird sie wegen eines anderen Umstandes: sie enthüllt den Grund, warum eine derartige voluntas Erforderniß sei. „Te fidejussori, stipulatorem tibi obligatum fore" — das ist die Kette, ohne die das ganze Ergebniß zusammenbräche. Der Bürge ist es, der gezahlt hat, allein der Schuldner muß ihn decken; es ist also gleichwohl aus des Schuldners Geld gezahlt; darum hat dieser die Rückforderung. Aber eben dazu, daß der Schuldner dem Bürgen hafte, daß also die Zahlung des letzteren als Zahlung des Schuldners erscheine, ist eine voluntas des Schuldners nothwendig.

---

81) L. 6. §. 3. D. h. t.

82) L. 6. pr. §. 1. D. h. t. l. 18. D. cond. furt.

Wenden wir, was von der condictio indebiti gilt, auf die condictio mutui an — die Berechtigung dazu wird nicht bestritten werden — so ergibt sich auf unsere Frage die Antwort, daß derjenige, in dessen Namen von einem Anderen eine Darlehensforderung contrahirt wird, die Forderung erwirbt, sofern das Darlehen mit seinem Gelde contrahirt ist, oder als mit seinem Gelde contrahirt erscheint. Die Frage selbst war demnach nicht auf den entscheidenden Punkt gestellt; alles kommt darauf an, ob das Darlehen als Darlehen des Dritten zu betrachten sei; die Frage nach der voluntas steht auf zweiter Stufe, soferne nämlich weiter gefragt wird, ob das Darlehen ohne voluntas des Dritten als das seinige erscheinen könne oder nicht. Die schiefe Fragestellung hat auch schiefe Vorstellungen erzeugt; man stellte sich vor, es komme darauf an, ob man ohne alles Zuthun eine Forderung erwerben könne, und G. Noodt[83]) wie Donellus[84]) forderten voluntas, weil invito beneficium nicht aufgebürdet werden könne; während doch fest stund, daß gerade Condictionen ohne Wissen und Willen erworben werden können. Aus der vollen Frage, ob das Darlehen gewollt sein müsse, war also die einseitige geworden: ob die Darlehensforderung gewollt sein müsse.

Kehren wir zu der primären Frage zurück: „Wann das Darlehen als Darlehen des Dritten erscheine," so ist vor allem klar, daß es nicht schon der Fall ist, wenn, obgleich auf seinen Namen, des Dritten eigenes Geld hingegeben wurde; hier muß eine Vollmacht zur Veräußerung hinzukommen, damit überhaupt ein Darlehen entstehe. Ist aber diese da — und sie kann nicht nur in einem Mandat, sondern auch offiziell (als Tutorium rc.[85]) da sein, — dann mag es kommen, daß nicht nur Pupillen, Minderjährige, Wahnsinnige, juristische Personen, von dem betreffenden Darlehenscontracte nichts wußten und wollten, und dennoch Gläubiger wurden, sondern auch Mandanten. Mandanten sind auch diejenigen, welche einen procurator omnium bonorum aufstellen, oder ihm doch einen Administrationskreis anweisen, in welchem unter anderem Ausleihung von Geldern fällt. Nur im Allgemeinen wollen sie auch letztere, auf das einzelne Geschäft erstreckt sich weder Wissen noch Wollen; ja dieses kann

83) Comment. in libros 27 Pand. — ad D. 12, 1.

84) a. a. O. Anm.

85) Vgl. Rudorff, das Recht der Vormundschaft 2. Band S. 331. zu l. 8. u. l. 16. D. adm. tut.

nachgerade dem Prinzipal zuwider sein. Was geht vor: diese reprobatio, oder die Generalvollmacht? Wenn wir nicht irren, so ist die oben S. 26 im Text abgedruckte l. 4. C. si certum pet. von diesem Falle zu verstehen; der pecuniam absentis hingibt, ist ein solcher Procurator; das abgeschlossene Darlehen bietet nicht gehörige Sicherheit, der Herr reprobirt es. Dadurch hört es aber nicht auf, sein Darlehen zu sein, noch war es davon abhängig; so bis in's Detail der einzelnen Creditumstände war die Vollmacht nicht abgegrenzt, oder es war nicht einmal möglich, sie genügend abzugrenzen; vielleicht daß sie nur überhaupt auf Ausleihung der Gelder lautete; so war die Veräußerung des Geldes recte vor sich gegangen, und mit des Mandanten Geld contrahirt; es ist sein Darlehen, wenn er gleich Grund hat, ihm die Ratihabition zu verweigern, d. h. sich anstatt an den Darlehensempfänger, an den Procurator zu halten [86]).

So weit läugnen wir das Erforderniß der voluntas nicht, sondern wollen nur bemerkt haben, daß diese sich nicht immer auf das einzelne Geschäft erstrecken müsse, und daß ein officium ihre Stelle ersetzen könne. Was nun aber den zweiten Fall anlangt: wo der Ausleiher sein eigenes Geld hingibt, also das Darlehen nur dadurch zum Darlehen des Dritten wird, daß ersterer gegen letzteren eine Forderung auf Ersatz bekommt, so fragt es sich, ob dieses nicht schon das Ergebniß einer bloßen negotiorum gestio sein könne? es ist ja denkbar, daß das Darlehen an einen Anderen eine besondere utilitas für mich hätte [87]). Indessen werden wir diese Frage doch verneinen müssen. Ebensowenig, als ein negotiorum gestor ohne nachfolgende ratihabitio veräußern und Zahlungen recte in Empfang nehmen kann, ebensowenig wird er ihm ohne dieselbe das Risico seiner Contracte aufbürden können. l. 6. §. 1. D. h. t. (Anm. 87) darf uns nicht verführen; hier wird kein Darlehen contrahirt, das der dominus eintreiben, und dessen Risico er übernehmen soll; er wird nicht Darlehensgläubiger, vielmehr vertritt er die Stelle des Darlehensschuldners, seines

86) Vgl. l. 16. D. adm. tut: Cum quaeritur judicio tutelae, quae nomina a tutore facta agnoscere pupillus debeat etc.: darunter sind auch diejenigen nomina mitinbegriffen, in denen der Pupille Gläubiger ist — „idem est et si pupilli nomine credidisset.“ (a. E.)

87) Z. B. l. 6. §. 1. D. neg. gest. — si procuratori tuo mutuam pecuniam dedero tui contemplatione, ut creditorem tuum, vel pignus tuum liberet: adversus te neg. gest. habebo actionem: adversus eum, cum quo contraxi, nullam. —

Procurators, indem statt der actio mutui gegen den Procurator, die negotiorum gest. actio wider ihn geht; denn seinem Nutzen hat das Darlehen gegolten und gedient. Unter Umständen wäre er hier ja auch mit der quasi institoria belangbar. Wir fügen bei, daß in l. 6. §. 1. cit. nur contemplatione ejus, aber nicht auf seinen Namen contrahirt ist. Und überhaupt scheint ein Darlehen, das man Namens eines Dritten hingibt, und das diesem schuldig werden soll, so sehr die utilitas des Darlehenempfängers zu bezwecken, daß es nicht negotio ipso, sondern nur durch den Willen des Dritten zu seinem Geschäfte werden kann (nullum negotium tuum gestum est — sed ratihabitio fecit tuum[88]).

So wären wir auch in unserem zweiten Falle auf die Nothwendigkeit der voluntas hingewiesen, die aber auch hier durch ein officium ersetzt und auch blos generell vorliegen kann[89]). Doch dürfte der Umstand, daß ein Tutor, Curator, Actor, Procurator mit eigenem Gelde contrahirt, dann etwas Besonderes mit sich bringen, wenn sie ohne die gehörige Vorsicht contrahiren; hier hat der Dritte weder sein Geld im Contracte, noch ist er zur Deckung verpflichtet: das Darlehen erscheint also insolange nicht als das seinige, als er es nicht freiwillig anerkennt, oder re judicata zur Anerkennung gezwungen ist[90]).

So sind wir denn zu dem Satze gekommen, daß eine voluntas, oder was ihr gleichsteht, nothwendig sei, um aus fremdem Contracte eine Darlehensforderung zu erwerben. Aber immer noch widerstrebt uns Aristo's Sentenz. Entweder hat Aristo sie so ausgesprochen, wie sie Ulpian referirt: dann ist es zu gewagt, sie wesentlich ergänzen zu wollen und Julian selbst hätte es ohne tadelnde Bemerkung nicht thun dürfen; oder Ulpian hat nachlässig referirt — was er sich nicht gerne wird gefallen lassen.

In der Sentenz stehen, wie schon bemerkt, die Worte „velut tuos" müßig; hätten uns Aristo und Ulpian statt dessen „voluntate tua" gegeben, so wären wir von dem los, was uns nichts nützt, und hätten was wir brauchten. Vollkommener wäre dann aber die Sentenz ausgesprochen, wenn es hieße:

Si nummos meos tuo nomine dedero, voluntate tua, sed absente te et ignorante, Aristo scribit adquiri tibi condictionem.

88) s. Anm. 11.

89) Vgl. l. 6. §. 3. D. cond. ind.

90) s. oben die Stelle in Anm. 11.

Der Ueberrest dieses sed dürfte in dem tuos der Handschriften zu finden sein.

Nun nur noch Eine Bemerkung. Das ignorare in den Worten: „absente te et ignorante" beziehe sich, sagt man, bloß auf den Vorgang des Contractes; es wolle nicht gesagt sein, daß der Dritte überhaupt nichts wisse. Aber wozu dann die Steigerung „et ignorante," da doch schon in dem „absente" liegt, daß er von dem Vorgang nichts wisse? So dürfte das ignorare wohl von einem völligen Nichtwissen und von dem Falle zu verstehen sein, wo auf Grund einer Generalvollmacht ein Darlehen gegeben wird, von dem der Prinzipal schlechterdings nichts zu wissen braucht.

5) Was das Prinzip selbst anlangt — Unzulässigkeit der (unmittelbaren) Stellvertretung — so sucht es B. in §. 1 tiefer zu begründen. Es hat schon Jemand vor uns bezweifelt, daß damit viel gefördert worden sei[90a]). B. bringt dasselbe mit „der dem röm. Rechte eigenthüm„lichen Ansicht von dem Wesen der Obligation als eines von der Person „des Gläubigers und Schuldners untrennbaren Rechtsverhältnisses" in Zusammenhang. Also nicht mit dem Wesen der Obligation, sondern mit einer eigenthümlichen Ansicht des röm. Rechtes von diesem Wesen. Dadurch kommt B., der jenes Prinzip für das heutige Recht, wie wir sehen werden, verwirft, in die schlimme Lage, sagen zu müssen: entweder: die Römer hatten eine falsche Ansicht von dem Wesen der Obligation; — oder: sie hatten eine richtige und folgerten falsch; — oder: sie haben das Wesen richtig erkannt und richtig gefolgert; wir aber kümmern uns weder um Wesen, noch Folgerung, wir geben das Prinzip eben auf.

Die logische Form des angeblichen Zusammenhanges wird uns bei B. nicht klar; wir wollen sie nicht weiter verfolgen. Dagegen müssen die Stellen in Betracht gezogen werden, die „dem vom Standpunkt einer „allgemeinen Betrachtung nachgewiesenen Zusammenhang" eine „unzwei„felhafte historische Bestätigung" geben sollen:

> l. 38. §. 17. D. v. o. Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur: inventae enim sunt hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque sibi adquirat, quod sua interest: caeterum, ut alii detur, nihil interest mea.

„Wer aus einer Stellvertretung" — interpretirt B. (S. 3—4) — für

---

90a) Esmarch, Dr., Göttinger Gelehrte Anz. Jahrgang 1852.

„einen Anderen ein Forderungsrecht oder eine Verbindlichkeit begründen „will, versucht dieselben über die Grenzen ihrer rechtlichen Bestimmung „hinaus zu benützen, und erstrebt somit etwas juristisch Unmögliches." Allein „alteri stipulari" heißt nichts anderes, als den Promissor verpflichten wollen, daß er an den Dritten leiste (ut alii detur)[91]; es ist nicht daran gedacht, daß dem Dritten auch das Forderungsrecht erworben werden soll. In Fällen, wo das alteri stipulari gleichwohl gilt, hat unzweifelhaft der Stipulator selbst die Klage[92]). Unmittelbare Stellvertretung in Stipulationen fordert, daß nicht der Stipulator, sondern der Vertretene die Klage habe. So betrifft die gegebene Stelle die erforderliche Stellvertretung gar nicht, geschweige denn das Prinzip ihrer Unzulässigkeit.

> l. 11. D. o. e. a. Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona obligationis initium sumant, inanem actum nostrum faciunt, et ideo neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus.

Wie ganz anders drückt sich diese Stelle aus, die nun wirklich in Frage stellt, ob für einen Anderen derart contrahirt werden könne, daß Er die Klage habe, und daß er sie direct habe. Wahrscheinlich sind die Worte „ut alter suo nomine recte agat" als Contractsworte gedacht, etwa: X dari ita spondes, ut Titius suo nomine recte agat. Was sagt nun aber diese Stelle anders, als daß man so nicht contrahiren könne, daß Jeder, der die Klage suo nomine haben wolle, selbst stipuliren &c. müsse?

Ueberhaupt scheint es, daß sich der Satz, man könne nicht contrahiren ut alter suo nomine recte agat, nicht mehr und nicht weniger begründen lasse, als etwa der, daß inter praesentes stipulirt werden müsse. Solche Sätze werden sich mit anderen von ähnlicher Bedeutung in Zusammenhang bringen lassen, und lehren, daß sie das Ergebniß eines überall thätigen, auf bestimmte Formen dringenden und an diesen festhaltenden Bildungstriebes sind; wir werden die Macht dieses Triebes an seinen Werken ermessen, aber ihn selbst nicht tiefer ausholen können.

Davon, daß jener Satz aus dem Wesen der Obligation entspringe[93]),

---

91) §. 19 u. 20. I. inut. stip.

92) cf. §. 20. I. eod. l. 38. §. 20—23. D. v. o.

93) Puchta, Vorl. §. 273. Mühlenbruch, Cession der Forderungsrechte. 3. Aufl. §. 2. a. E. §. 3.

werden sich Viele ebenso wenig überzeugen können, als von der Wesentlichkeit dessen, was Wesen der Obligation sein soll. Zu diesem gehöre ein besonders hoher Grad von Persönlichkeit, eine besonders enge Beziehung auf bestimmte Personen; darum sei die obligatio nicht übertragbar wie Sachen, darum könne nur Gläubiger und Schuldner werden, wer selbst contrahire. Wir glauben umgekehrt sagen zu sollen: soweit die obligatio unübertragbar ist, und Gläubiger und Schuldner selbst contrahiren müssen, soweit ist die obligatio von besonders persönlicher Art; ob ihr diese Persönlichkeit wesentlich sei, hängt davon ab, ob jene Unübertragbarkeit und diese Unvertretbarkeit etwas Vernunftnothwendiges und Unveränderliches haben. Für ihre Vernunftnothwendigkeit scheint es an einer Formel zu fehlen; was Unübertragbarkeit anlangt, kann man sagen, die obligatio ist nicht mehr dieselbe, wenn ein anderer Schuldner oder Gläubiger eintritt; allein mit demselben Recht oder Unrecht kann man sagen, das Eigenthum ist ein anderes wenn der Eigenthümer wechselt; es kommt bei der obligatio, damit sie fortbestehe, wie beim Eigenthum, so wie bei den Dingen überhaupt, nicht darauf an, daß alles unverändert bleibe; genug daß Vieles bleibt: daß immer noch ein Schuldner und ein Gläubiger da ist, daß der Inhalt der obligatio dieselbe ist, daß sie auf denselben Ursprung zurückführt, an denselben Mängeln und Einreden leidet wie früher ꝛc. Für die Unvertretbarkeit finden wir nicht einmal den Schein eines zwingenden Grundes. Was aber die Unveränderlichkeit anlangt, so schwindet sie mit der Nothwendigkeit. Wir sahen, wie die Römer selbst von der Unvertretbarkeit, wenigstens in einigen Fällen, abweichen; in der Succession des Erben in die Obligationen des Erblassers ist die Unübertragbarkeit durchbrochen — so sehr man die Lücke nachträglich durch Fictionen zu stopfen sucht. Bei uns gehen die Obligationen in Wechseln und Staatspapieren von Hand zu Hand, und wenn man die gemeine Cession wieder auf eine Vollmacht zur Klage zurückzuschrauben trachtet, so widerstrebt das wenigstens der gemeinen Auffassung, die in dem cedirten Schuldbriefe sicher die Forderung selbst zu haben glaubt. —

Schließen wir hier, was römische Stellvertretung anlangt, mit Buchka ab, so muß er uns einräumen, daß die Römer nicht blos ausnahmsweise, sondern in Gestalt verschiedener Institute, in besonders genannten Arten (neg. gestores, mandatarii, procuratores, tutores etc.) Stellvertreter in Contracten hatten. Wir dagegen gestehen zu, daß diese

Stellvertretungen principmäßig nicht unmittelbar waren; ja wir halten dieses Prinzip fester als B.: nachweisend, daß ein Theil seiner Ausnahmen gar keine Stellvertretung enthält; daß ein anderer Theil zwar Fälle enthält, die Stellvertretungen sind, oder sein können, und von gewissen unmittelbaren Wirkungen begleitet werden, daß aber diese Wirkungen auf etwas anderem beruhen und etwas anderes bezwecken als Stellvertretung. Nur in zwei Fällen, und aus gewissen Gründen, hat das römische Recht jenes Prinzip aufgegeben: in Passiv-Contracten amtlicher Stellvertreter, um sie von Verpflichtungen zu entbinden, die sie doch nicht freiwillig eingehen; — in Ausleihung von Darlehen, weil und sofern hier das Darlehen als Darlehen des Dritten erschien; nur im letzten Falle ist die unmittelbare Stellvertretung formell durchgebildet.

II.

So sehr wir von B. und freilich nicht blos von ihm — in Anbetracht der römischen Stellvertretung abweichen, so sehr stimmen wir — wenigstens den Resultaten nach — mit ihm überein in Anbetracht der heutigen. So treten wir vor allem seiner Behauptung, daß das römische Prinzip von der Unzuläßigkeit der (unmittelbaren) Stellvertretung in Verträgen heute nicht mehr gelte, bei. Was zunächst den Erwerb von Forderungen anlangt, so überzeugt uns B.'s dogmengeschichtliche Darstellung (§§. 15, 16, 17, 18), daß von den Glossatoren an abwärts bis in unsere Tage die Neigung der Jurisprudenz nach unmittelbarer Stellvertretung immer stärker und schon vor zwei Jahrhunderten sieghaft geworden ist. Die Glossatoren waren noch römisch; eine einzige Stimme (Martinus) erklärt unmittelbar Stellvertretung als Regel und das Gegentheil als Ausnahme. Mehr Anklang findet jetzt schon die Behauptung, daß amtliche Stellvertreter (unter sie gehört nun neben den Vormündern, Actoren, Duumvirn, Oekonomen, auch der Notar) unmittelbar für ihre Vertretenen contrahiren können. Unter den Commentatoren wird gegen die Unmittelbarkeit dieser letzteren Stellvertretung noch gestritten (Baldus, Alciatus, Zasius); im siebenzehnten Jahrhundert steht sie fest. Jetzt kann man auch durch Procuratoren Forderungen erwerben: ja bald treten Juristen auf, wie J. H. Böhner, und wollen, daß man Forderungen für Jemanden, ohne sein Wissen und Wollen, als bloßer negotiorum gestor erwerben könne. All das ist nicht etwa falsche Exegese: man ist sich des Gegensatzes gegen das römische Recht klar bewußt; ca-

nonische, später naturrechtliche Ansichten von der allgemeinen Verbindlichkeit des gegebenen Wortes dienen der Theorie; Viele berufen sich unmittelbar auf deutsche Gewohnheit; für die Stellvertretung durch Notare ist sie von jeher bezeugt; Donellus und Cujacius denken römisch, die Practiker aber im Sinne eines entgegengesetzten einheimischen Rechtes. Unter den Gesetzgebungen, die sich für unmittelbare Stellvertretung aussprechen, ist die spanische nicht nur wegen des hohen Alters (1348) sondern auch wegen des vernünftigen Commentares wichtig, den ihr Olea und Ferdinandez de Retez gaben (B. S. 157). Heute gilt sie nach bayrischem, östreichischem, preußischem Landrechte, und richtig verstanden auch nach dem Code Napoleon. —

Was die Begründung von Verpflichtungen durch unmittelbare Stellvertretung anlangt (B. §. 20), so ließ man sich zuerst das, was schon nach römischem Rechte von den Contracten der Vormünder gilt, zum Muster dienen. Im römischen Rechte selbst zeigt sich auf diesem Punkte eine geschichtliche Bewegung, indem was anfänglich nur von den nothwendigen Contracten galt, später auch auf die freiwillig eingegangenen Anwendung fand: daß jene Stellvertreter während ihres Amtes nicht exequirt, nachher nicht einmal mehr condemnirt werden dürfen. Das trugen Baldus, Alciatus auf die praepositi über, indem sie sagten, daß diese während ihrer Vollmacht nur de pecunia domini zur Zahlung gezwungen, nachher aber gar nicht mehr belangt werden sollten — eine Lehre, die bald zu unbezweifelhafter Herrschaft kam. Nach wie vor war es die institoria und exercitoria, mit der man gegen den Herren klagte. Inzwischen tauchte der Gedanke auf, daß es eigentlich der Herr sei, welcher (durch den institor etc.) contrahire (Angelus Aretinus, Mevius) und als nothwendige Folge der Satz, daß der Herr selbst unmittelbar Schuldner und als solcher (nicht blos als Defensor) belangbar sei. Man stritt nur, ob nicht die institoria concurrire. Bekanntlich haben in unseren Tagen besonders Puchta und Thöl auch auf diesem Punkte die römische Theorie wiederherstellen wollen; allein durch die exceptio doli, welche sie dem institor geben, kommen sie factisch zu demselben Resultat, das die Mehrzahl der heutigen Juristen will, unmittelbare Stellvertretung. Natürlich nicht nur der Institoren und Schiffer, sondern aller Mandatare, um so mehr der amtlichen Stellvertreter. Auf diesem Standpunkt steht das preußische Landrecht, das östreichische Gesetzbuch und der Code Napoleon; der codex Maximilianeus Bav. folgt noch der Theorie: daß der

Mandatar ꝛc. haften soll, aber nur während der Anwaltschaft, und aus dem Vermögen des Prinzipals; letzterer aber daneben. —

Unmittelbare Stellvertretung in Contracten einmal angenommen, wird eine neue Dogmatik (B. §. 19 und 21) nöthig. Wir müssen uns bescheiden, die dringendsten Fragen hervorzuheben.

1) Ist auch zur unmittelbaren Stellvertretung überall Vollmacht nöthig? Diese Frage hat B. nicht aufgeworfen, wohl aber stillschweigend beantwortet, indem er zu der unmittelbaren Stellvertretung durch einen negotiorum gestor schlechthin Ratihabition verlangt (S. 210 fgg., S. 250,) mag es sich um Forderungen oder Schulden handeln. Wenn es sich um Schulden handelt, hat die Sache kein Bedenken; warum aber soll ich einem Anderen nicht Forderungen erwerben können, ohne Vollmacht, nachfolgende oder vorausgehende? Daß nach römischem und nach unserem Recht bei der unmittelbaren Stellvertretung im Besitzerwerb auch eine Vollmacht nothwendig ist, kann nicht angeführt werden; Besitzer kann in der Regel Niemand werden, der nicht will; hier muß schon dieses nothwendigen Willens wegen Vollmacht da sein; Forderungen aber kann man, wie die condictiones sine causa (repetitiones) zeigen, auch ohne darauf gerichteten Willen erwerben. Daß die Römer zur unmittelbaren Stellvertretung in Darlehenscontracten Vollmacht gefordert haben, kann uns gleichfalls nicht binden; sie gründeten diese Stellvertretung auf eine sachliche Betheiligung des Vertretenen am Contracte: die Vollmacht war zu dieser sachlichen Betheiligung nöthig. Wir dagegen gehen von dem Gedanken aus, daß in der Form des Contractes: ut alter suo nomine recte agat — nichts Unförmliches, nichts Unmögliches liege; — die Römer hatten Gründe nothwendig, um die ausnahmsweise Zulassung jener Unförmlichkeit zu entschuldigen; wir suchen nach einem Grunde, warum die Zulassung und Wirksamkeit jener Contractsform in dem Falle beschränkt werden soll, in welchem ich ohne alle, vorhergehende oder nachfolgende, Zuthat des Dritten statt seiner contrahire.

Bevor wir uns über diese Frage entscheiden, muß bemerkt werden, daß sie lange nicht so viele Fälle in Anspruch nimmt, als es scheint. In den meisten Fällen, wo man für einen Dritten Forderungen erwerben will, geschieht es nicht schenkungsweise; es wird statt seiner gekauft, verkauft, gepachtet, verpachtet, geliehen ꝛc. seine Sache, oder mit seinem Geld, oder doch auf sein Geld hin. In allen diesen Fällen, wo der zu Vertretende zu den Lasten des Contractes in Mitleidenschaft gezogen werden soll, muß um deswillen Vollmacht da sein, oder folgen; nur wo es

sich um ein Schenkungsversprechen handelt, um Darlehen, Verkäufe, Käufe, die ich Namens des Dritten hergebe und abschließe, lediglich um ihn zu beschenken — nur hier kann es streitig werden, ob Vollmacht nöthig sei. Von dieser Entscheidung hängt es aber auch ab, ob wir die Vollmacht für den Begriff der Stellvertretung in Verträgen als allgemeines Merkmal erklären oder nicht.

Aus unserer Vorstellung von Stellvertretung überhaupt können wir die Nothwendigkeit der Vollmacht nicht ableiten; haben wir doch in dem negotiorum gestor, der keine Rechtsgeschäfte vollbringt, einen Stellvertreter ohne Vollmacht. Wir müssen sie also aus der Stellvertretung in Verträgen, insbesondere in Contracten, also aus der Natur der Contracte ableiten können. Wohlverstanden: aus der Natur der Contracte, nicht aus der der Forderungen; von diesen wissen wir schon, daß sie uns ohne Wissen und Willen erworben werden können.

Die Natur der Contracte nun aber, wie das heutige Recht, läßt es regelmäßig zu, daß ein Anderer contrahire, ein Anderer die Forderung erwerbe, daß also ein Nichtcontrahent erwerbe; woraus will man deduciren, daß dieser Nichtcontrahent, in Fällen wo ihm nichts aufgebürdet, nur genützt werden soll, seinen Willen hinzuthun müsse?

Ich weiß es nicht und folge der Ansicht des J. H. Böhmer, nehme also an, daß in blos lucrativen Contracten heutzutage eine unmittelbare Stellvertretung ohne Vollmacht und Ratihabition möglich sei.

2) In welcher Form geht unsere Stellvertretung vor sich? Wir dürfen mit B. (S. 207. 230) annehmen, daß es hiefür keine ausschließliche Formeln gibt. Natürlich müssen beide Contrahenten des Sinnes sein, daß für einen Dritten contrahirt werde; wer dem Stipulator selbst zu versprechen denkt, kann nicht einem Dritten verpflichtet werden, und umgekehrt kann demjenigen, der den Promittenten selbst zu obligiren trachtet, nicht ein Dritter obligirt werden. Mit einem Worte: der Consens, welcher zum Contracte nothwendig ist, muß sich auch auf dessen Qualität als stellvertretenden Contrakt erstrecken. Dazu ist eine wechselseitige Kundgebung nothwendig, (B. S. 237) die Form aber, sofern nur Gewißheit erzielt wird, gleichgiltig.

Diese Gewißheit ist aber z. B. nicht vorhanden, wenn es heißt: „Willst Du dem X. geben?" Damit ist noch nicht ausgesprochen, daß Contrahent den X. zum Gläubiger haben wolle; erhellt dies nicht aus anderweitigen Umständen, so ist der Contract nach römischem Recht zu behandeln: es fragt sich, ob der Contrahent ein klagbares Interesse habe;

wo nicht, so ist das Geschäft nichtig (s. B. S. 189. 192)[94]). Ganz anders, wenn es heißt: „Versprichst du dem X.?" oder: „Versprichst du mir Namens des X." — oder: „X. verspricht Dir" oder: „ich verspreche Dir Namens des X." — Ausdrucksweisen, die schon von der Glosse, dann von den Commentatoren, besonders von Bartolus in's Auge gefaßt werden; sie sagen, hier seien die verba obligativa (promissiva) auf die Person des Dritten, — oder auf die Person des Contrahenten, aber nomine tertii — gerichtet — im Gegensatz zu dem Falle, wo die verba executiva (dabis illi) auf den Dritten concipirt seien. (B. S. 126. 130).

3) Wie wenn in Fällen, wo Vollmacht nothwendig ist, eine solche nur vermeintlich, oder angeblich, nicht wirklich da ist? z. B. Titius, den Sejus für den Procurator des Mävius hält, empfängt für diesen ein Darlehen von Sejus. Wir setzen voraus, daß auch keine Ratihabition erfolgt. B. (S. 238) nimmt an, daß hier Titius Darlehensschuldner sei; „eventuell" (für den Fall, daß keine Vollmacht da sei) contrahire der Gläubiger immer mit dem Stellvertreter selbst, — wenn er gleich den betreffenden Vorbehalt nicht mache. Uns dünkt dieser gleichzeitige Abschluß eines primären und eines eventuellen Contractes selbst dann von zweifelhafter Berechtigung, wenn diese Eventualität ausdrücklich bedungen wird; um so viel weniger können wir ihn annehmen, wenn gar nicht feststeht, daß in dieser Weise contrahirt werden wollte. Man wird ja doch nicht ohne weiteres annehmen, daß wenn ich ein Kapital von Tausenden dem begüterten Mävius, etwa auf Jahresfrist zu leihen bereit war, denselben Contract eventuell auch mit seinem armen Procurator geschlossen haben wollte.

Ohne Zweifel liegt hier, wenn kein Betrug, entweder Vindicirbarkeit des Geldes oder eine obligatio zur Rückerstattung mit condictio sine causa [95]) vor. Vgl. preuß. Landr. Th. I. Tit. 13. §. 150. 151.

Die Nothwendigkeit, sich der Vollmacht des Stellvertreters und ihrer Grenzen zu versichern, ihn selbst allenfalls durch cautelarische Verträge nebenher zu verpflichten, ist eine natürliche Folge der unmittelbaren Stellvertretung, bei der der Vertreter an sich keine contractliche Verpflichtung übernimmt.

---

94) Ueber die Fälle, in welchen die Praxis, das eigene Interesse des Promissars vorausgesetzt, dem Dritten utilem actionem gibt, s. Seuffert, I. A. prakt. Pandectenrecht. §. 288. Anm. 7.

95) — quasi res mea sine causa ad te pervenerit — l. 38. pr. D. act. emt.

4) Welches ist die Lage des Contractes vor der Ratihabition, wenn es sich um unmittelbare Stellvertretung handelt, und diese auf der Ratihabition beruht? Ich habe z. B. Namens meines Herren, vorbehaltlich der Ratihabition gepachtet. Zwei Fragen: ob der Stellvertreter zur Zeit der Ratihabition noch leben müsse, ob er vor der Ratihabition durch einseitige Reue das Geschäft rückgängig machen könne, scheinen mir von B. (S. 210 fgg.) richtig verneint; dagegen ist unerklärlich, wie der Stellvertreter, der doch kein Recht erlangt hat, durch einen Nachlaßvertrag die Wirkungen des Vertrages soll aufheben können. Richtig dagegen wiederum wird die Behauptung sein, daß nicht auch die Erben des Dritten ratihabiren können.

5) Zufolge des geänderten Prinzipes müssen sich mancherlei Abweichungen vom röm. Rechte im Einzelnen ergeben.

Das Prinzip der institoria, sagt B. S. 242, sei „wesentlich umgestaltet." Sie existirt gar nicht mehr, müssen wir beifügen. Die Präpositio wird nicht mehr als eine Willenserklärung gedacht, die den Herren zur Defension des an seiner Statt haftenden institor verpflichtet, sondern als Vollmacht, vermöge der der institor ihn gleich selbst obligirt; das dare, facere oportere, das bei den Römern nur auf den institor lautet, lautet nunmehr auf den Herren; es wird mit den actiones emti, venditi, locati conducti etc. gegen ihn als Schuldner, nicht als Defensor, mithin direct, nicht erst mit der institoria geklagt. Dies ist immer der Fall, so oft innerhalb der Vollmacht gehandelt worden: also selbst dann, wenn der institor das Empfangene für sich verwendet hat; er hat den Herren im Augenblicke des Contractes zum Schuldner gemacht; (ist also auch schon in diesem Augenblicke Stellvertreter; bei der mittelbaren fehlte es vor der versio in rem domini an dem negotium alienum). Was von der institoria, gilt auch von der exercitoria und quasi institoria. — Wie es sich heutzutage mit den actiones de peculio, quod jussu, de in rem verso verhalte, hat B. nicht eigens erörtert. Es braucht auch nur angedeutet zu werden, daß die actio de peculio unberührt bleibt, und daß die actio quod jussu, und de in rem verso noch immer dann Dienst leisten, wenn die Kinder den Contract für sich, nicht als Stellvertreter des Vaters, oder wenn sie ihn als Stellvertreter, aber wie bei dem in rem versum, ohne Vollmacht abgeschlossen haben. Außerdem fallen diese Klagen aus demselben Grunde weg, wie die institoria. Wir glauben beifügen zu ollen, daß auch jene utilis actio, die nach römischem Rechte dem Mündel,

dem Prinzipal 2c. aus Contracten des Tutor, Procurator 2c. zukommt [69]), noch theilweise nothwendig sein kann: wenn der Vormund 2c. zwar ex re pupilli etc. contrahirt hat, aber für sich, nicht als Stellvertreter. Letzterenfalls geht wiederum die Forderung des römischen Stellvertreters und die danebenstehende Forderung des Herren in der einzigen Forderung des letzteren auf: somit auch in der directen Forderungsklage die utilis actio.

Für sehr beachtenswerth halten wir, was B. (S. 244.) von dem Falle mehrerer Vollmachtgeber sagt: daß sie im Gegensatze zum röm. Rechte, heutzutage an und für sich nicht in solidum haften. Wir tragen vielleicht zur Befestigung dieser Ansicht bei, wenn es uns gelingt den Grund auszusprechen, aus dem die Solidarität des röm. Rechtes in obigen Fällen entspringt. Das jussum, auf dem die institoria, exercitoria, quasi institoria beruht, ist untheilbar, — so untheilbar wie in alter Zeit die fidejussio. Heute haftet der Herr nicht mehr als jubens, neben dem Contrahenten, sondern als derjenige, welcher durch den Contrahenten unmittelbar kraft Vollmacht verpflichtet worden: wie er verpflichtet wurde, oder werden konnte, ob pro parte, oder in solidum, ist quaestio facti: es hängt von dem Inhalt der Vollmacht und dem des Contractes ab. — Uebrigens wird diese Solidarität, da sie auf den Willen des Vertreters und der Vertretenen zurückgeht, als Correalität zu behandeln sein. Daß in gewissen Vollmachten (der Handelscompagnien) die Zusage solidarischer (correaler) Haftung gesehen zu werden pflegt, widerstreitet obiger Ansicht nicht. —

Für ebenso richtig endlich halten wir B's Satz, (S. 240) daß heutzutage der Stellvertreter, welcher seines Prinzipal's Sache zu verkaufen meint und seine eigene verkauft, vindiciren könne; er hat nicht sich, sondern nur den Prinzipal verpflichtet. — —

Daß dieses Institut einer unmittelbaren Stellvertretung in Contracten eigener dogmatischen Pflege bedarf, möchte aus den wenigen hier angeregten Fragen erhellen. Von nicht geringem Einfluße wird es hiebei sein, wie man sich das Verhältniß des Vertretenen und des Vertreters zu dem Vertrage denkt. B. denkt als Paciscenten mittelst Fiction den Vertretenen. Andere meinen gar keiner Fiction zu bedürfen, sondern bezeichnen den Vertretenen ohneweiteres gleich selbst als den Paciscenten, Contrahenten. Wir meinen festhalten zu müssen, daß die Handlung etwas

69) s. oben S. 19.

Unveräußerliches ist; sie kann immer nur die des Handelnden selbst sein. Der Stellvertreter selbst ist Paciscent, Contrahent; das kann weder still-schweigend umgangen, noch durch Fiktion geändert werden. Anders verhält es sich mit den Wirkungen der Handlungen: der Stellvertreter kann durch seine eigene Handlung einen Dritten zum Gläubiger oder Schuldner machen. Von ihm können wir in unmittelbarerem Sinne sagen: obligat dominum, als die Römer vom magister navis [97]).

Nachschrift. Obiges befand sich schon unter der Presse, als uns Dernburg's Recension über dasselbe Buch im I. Heft der neuen Heidelberger kritischen Zeitschrift zu Gesicht kam. Wir konnten sie daher nicht mehr mit in Betracht ziehen.

97) L. 1. §. 3. D. exerc.

